تنبيه الطالب
لفهم ألفاظ جامع الأمهات
لابن الحاجب

للإمام القاضي

أبي عبد الله محمد بن عبد السلام الهواري

المتوفى سنة 749هـ

المجلد الحادي عشر

الوكالة - الإقرار - الاستلحاق - الوديعة - العارية
الغصب - الاستحقاق - الشفعة - القسمة

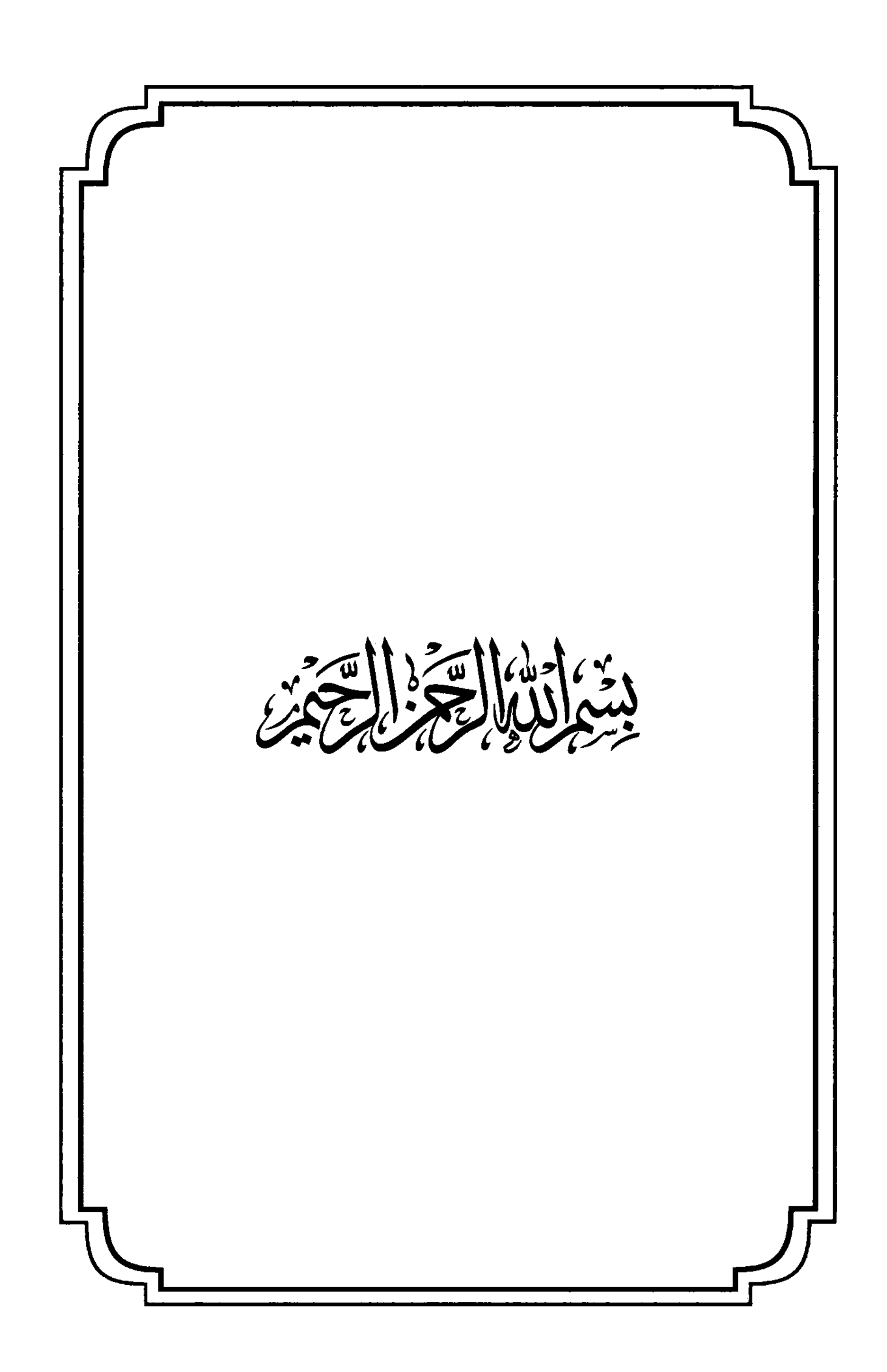
دراسة وتحقيق

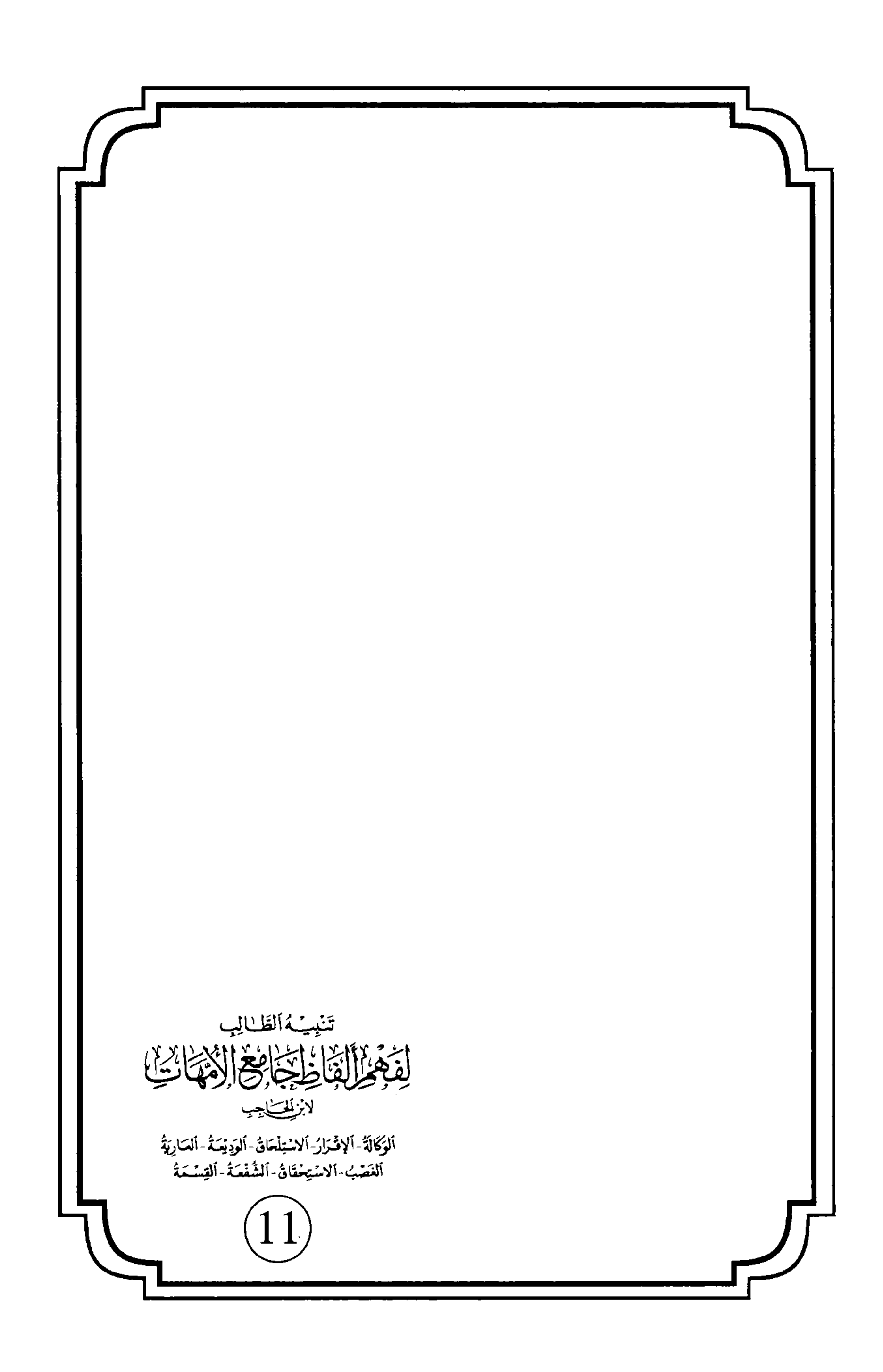
الدكتور أبو عائشة خليفة أحمد بوعود

عضو هيئة تدريس بجامعة طرابلس



دار ابن حزم


بسم الله الرحمن الرحيم



تنبيه الطالب

لفهم ألفاظ جامع الأمهات

لابن الحاجب

الوكالة - الإقرار - الاستلحاق - الوديعة - العارية
الغصب - الاستحقاق - الشفعة - القسمة

11

الطَّبْعَةُ الأولى
1440 هـ - 2018 م



ISBN:978-9959-857-31-6

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث
04، شارع الهواء الجميل، باش جراح، الجزائر
النقال: 24 56 74 72 213 00 الثابت: 11 90 02 17 00213
Thaalibi2000@yahoo.fr

دار ابن حزم
بيروت – لبنان – ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 – 300227 (009611)
البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين الذي فقّه في الدين من أراد به خيراً، وجعل العلماء ورثة الأنبياء في تبصير الناس بأمور دينهم ودنياهم، ورفع مكانتهم فقال: ﴿يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ﴾ [المجادلة: 11].

والصلاة والسلام على محمد بن عبد الله النبي الأمي المبين، مَنْ بعثه الله رحمة للعالمين، فأخرج البشرية من ظلام الجهل إلى نور العلم واليقين، وحث أتباعه على التفقه في الدين فقال: «من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً؛ سهَّل الله له به طريقاً إلى الجنة»[1]. وعلى آله وصحبه الأخيار الطاهرين، الذين أوصى أن نقتدي بهم ونهتدي بهديهم، وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الناظر المدقق في تراثنا الإسلامي العظيم، لا يسعه إلا أن يقف مذهولاً أمام ذلك الكم الهائل من المخطوطات التي تملأ أرفف المكتبات العامة والخاصة في مختلف مجالات العلم والمعرفة، في كافة بقاع الأرض.

وبالرغم من تعرض أغلب تلك الكنوز النفيسة للضياع والاندثار، إلا أن بعضها ما يزال في حالة تسمح للباحثين بدراستها وتحقيقها، وإظهارها كما أراد مؤلفوها الذين خدموا الشريعة بتدوين العلم وحفظه، فبرهنوا بذلك على سعة الشريعة ومرونتها التي تساير الأحداث والمستجدات في كل مكان وأوان.

ونحن اليوم ـ وقد تداعت الأمم على عالمنا الإسلامي كما تتداعى الأكلة إلى قصعتها، وكثر القائلون في شرع الله بما يعلمون وما لا يعلمون ـ أحوج ما نكون لأن نرفع شعار العودة إلى معين هذه الأمة الصافي، وإرثها

---

(1) صحيح مسلم 4/ 2074، باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن.

الحضاري الزاخر؛ لنستمد منه القوة ونرد به شُبه الكائدين.

إننا نعيش زمناً نادى فيه أشباه العلماء بالانسلاخ عن الماضي، ظناً منهم أن العمل في تحقيق التراث لا يسمن ولا يغني من جوع، وأنه من الأجدر بنا أن نوجه طاقاتنا وإمكانياتنا لمواكبة التطور التكنولوجي الحاصل في العالم؛ ولكن متى كان الرجوع إلى تراث الأمم عائقاً في وجه تطورها العلمي وتقدمها، وهل وصلت الأمم المتقدمة علمياً إلى ما وصلت إليه من تطور بالابتعاد عن ماضيها وإرثها الحضاري!؟

إن ما نراه اليوم من مؤلفات فقهية ـ مطبوعة ومخطوطة ـ هي نتاج لجهدٍ كبير بذله فقهاء أمتنا في استنباط الأحكام وشرح المقاصد والفروع، ومن أولئك الفقهاء فقهاء المذهب المالكي الذين انتشروا في جميع أنحاء العالم الإسلامي.

لقد بدأت مرحلة تدوين الفقه المالكي منذ القرن الثالث الهجري، فقد شهد هذا القرن والقرون التالية له جهوداً كبيرة في جمع وتقييد آراء واجتهادات علماء المذهب، فظهرت مصنفات فقهية عديدة؛ كـ«المدونة» و«المجموعة» و«الموازية» و«الواضحة» وغيرها من كتب الأمهات، ثم ألفت بعد ذلك عدة مؤلفات يدور أغلبها حول «المدونة» شرحاً وتلخيصاً وتعليقاً؛ لكن العديد منها لم يسلم من التكرار وعدم الترتيب للمسائل، ولذلك أصبحت الحاجة مُلحة لتنظيم تلك المسائل وترتيبها، فظهرت العديد من المختصرات التي سعى أصحابها لجمع مسائل أمهات المذهب المعتمدة في مقدار وجيز من الكلام، مع وفرة المعاني وكثرة المسائل، ومن تلك المختصرات مختصر ابن الحاجب الفرعي المسمى بـ«جامع الأمهات» ذلك المختصر الذي ذاع صيته شرقاً وغرباً، واهتم به طلبة العلم حتى صار الكتاب المعتمد في أواخر القرن الثامن ولا سيما في المغرب الإسلامي.

لقد كان السبق في إدخال المختصر إلى إفريقية ـ تونس حالياً ـ للفقيه علي بن ناصر الدين الزواوي، فتلقاه أهلها بالقبول.

ونظراً لإيغال مختصر ابن الحاجب الفرعي في الإيجاز، وعُسر فهم بعض مسائله حتى على صاحبه نفسه إلا بعد فكر وتأمل، أقبل ثلة من علماء

المذهب على التأليف حول المختصر، شرحاً وتعليقاً وتصحيحاً واستدراكاً وبياناً لمصطلحاته، فشرحه كل من: محمد بن عبد السلام الهواري، وابن هارون، وابن راشد القفصي، وغيرهم من العلماء[1].

أسباب اختيار المخطوط:

مساهمة منَّا ـ نحن بعض طلاب الدراسات العليا ـ في التعريف بأحد علماء المذهب المالكي الذين كان لهم السبق والإجادة في شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي ولم ينالوا حقهم من الدراسة، وإثراءً للمكتبة الإسلامية بمصنفاته، وإسهاماً في إخراج نفائس تلك العبقرية الإسلامية الفذة بنفض غبار الزمن عنها؛ اتجهنا لتحقيق أثر فقهي نفيس من آثار العهد الحفصي بتونس، العهد الحافل بمصنفات فقهية تمخضت عن جهود أعلام بارزين، ذلك الأثر الجليل هو كتاب «**تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب**» لأحد أعلام المدرسة الفقهية بتونس في القرن الثامن الهجري، الإمام المجتهد الفقيه المفتي قاضي الجماعة أبو عبد السلام المنستيري الهواري (679 ـ 749هـ).

ولا أنسى في هذا المقام أن أسدي الفضل لأهله، وأعترف بالجميل لعلمائنا الأفاضل الذين شجعونا على تحقيق هذا السفر وإخراجه إلى النور، فلا يشكر الله من لا يشكر الناس، وأخص بالذكر هنا أستاذي الفاضل الدكتور الصادق عبد الرحمٰن الغرياني، الذي وجَّهنا لتحقيق هذا الأثر الفقهي الجليل، فجزاهم الله جميعاً عن العلم وأهله خير الجزاء.

أهمية المخطوط:

لقد حظي كتاب «**تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب**» باهتمام كبير من قبل فقهاء المذهب المالكي، فقدموه على باقي شروح مختصر ابن الحاجب، وتلقاه الفقهاء في العصور المتتالية بالقبول، وكُتب له الانتشار والذيوع.

---

(1) أورد محققا كتاب «كشف النقاب الحاجب» ما يزيد عن ثلاثين شرحاً لمختصر ابن الحاجب الفرعي. ينظر: كشف النقاب الحاجب ص39 وما بعدها.

وقد أشار النبهاني ـ عند ترجمته لابن عبد السلام ـ إلى ذلك بقوله: «وصنف كتباً منها شرحه لمختصر ابن الحاجب الفقهي، المتداول لهذا العهد بأيدي الناس»[1].

وقال صاحب كتاب «أبجد العلوم» ـ متحدثاً عن شروح الأمهات ـ: وقد شرحه جماعة، كابن عبد السلام وابن راشد وابن هارون وسابق حلبتهم في الإجادة في ذلك ابن عبد السلام»[2].

ويقول القاضي عياض في «المدارك» واصفاً الشرح: «وهذا الشرح بالنسبة للشروح التي عليه كالعين من الحاجب»[3].

ويقول صاحب «الديباج» في ترجمته لابن عبد السلام: «وله شرح ابن الحاجب الفرعي، شرحاً حسناً وضع عليه القبول، فهو أحسن شروحه»[4].

وبالإضافة إلى ما سلف ذكره من تشجيع أساتذتنا الأفاضل لتحقيق هذا الكتاب، فقد كانت هناك عدة مرغبات أخرى دعتنا للترحيب بهذا الاقتراح واختيار هذا الكتاب دون غيره من الكتب، ومن تلك المرغبات:

أولاً: إن شرح ابن عبد السلام «**تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب**» لا يزال مخطوطاً معرضاً للضياع والعبث، ولم تصل إليه أيدي المحققين على الرغم من نشر العديد من الكتب التي نقلت عنه.

ثانياً: إشادة العلماء السابقين واللاحقين بالشرح، بوصفه شرحاً تداوله الناس، ووجد القبول من قبل العلماء، فاعتمدوا عليه في التأليف والفتوى، حتى قيل عنه: إنه من أحسن شروح مختصر ابن الحاجب الفرعي وأجلّها.

ثالثاً: المكانة العلمية التي يتمتع بها كل من صاحب المتن الفقيه المعروف أبو عمرو عثمان بن الحاجب ـ أحد كبار علماء المالكية ـ وشارحه الفقيه محمد بن عبد السلام الهواري، الذي كان من ألمع رجال المذهب المالكي بتونس في بداية القرن الثامن الهجري، وذلك بشهادة المعاصرين له والمتأخرين.

---

(1) تاريخ قضاة الأندلس ص161.

(2) أبجد العلوم 2/ 413.

(3) ترتيب المدارك.

(4) الديباج 1/ 336.

رابعاً: إن شدة اختصار جامع الأمهات ـ كغيره من المتون ـ جعل الاستفادة منه وفهم العديد من مسائله شبه مستحيلة على طلاب العلم المتخصصين، ناهيك عن الطلاب المبتدئين، إلا بوجود شرح واضح ومفصل كشرح ابن عبد السلام هذا.

ذلك بقوله: «لما كنت مشتغلاً بوضع كتابي هذا كنت أجمع الأمهات، ثم أجمع ما اشتملت عليه تلك الأمهات في كلام موجز، ثم أضعه في هذا الكتاب، حتى كمل، ثم إني بعدُ ربما أحتاج في فهم بعض ما وضعته إلى فكر وتأمُّل»[1].

خامساً: اعتماد الشارح في توضيح مسائله والاستدلال عليها على العديد من كتب المذهب المفقودة التي لم يعُد لها وجود في المكتبات العامة، الأمر الذي جعل من الشرح ديوان فقهي احتفظ بالعديد من نصوص تلك الكتب.

سادساً: تميز الكتاب بالتعمق في شرح وبيان المسائل الفقهية، واشتماله على كثير من الأحكام التي استنبطها مؤلفه، وتطرقه لجميع أبواب الفقه، جعل منه موسوعة فقهية حَوت أقوال الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين المتقدمين منهم والمتأخرين.

سابعاً: يعتبر الشرح مصدراً أساسياً لجُلّ كتب المذهب المالكي المتأخرة، إذ لا يكاد يوجد كتاب منها لم ينقل عنه، وقد قيل: إن الخليل بن إسحاق اختصر كتابه المسمى: «التوضيح»[2] من شرح تنبيه الطالب لابن عبد السلام الهواري، إلا أن خليل عزا الأقوال إلى أصحابها.

الدراسات السابقة حول المخطوط:

بعد الاطلاع على العديد من فهارس الكتب واستشارة أساتذتنا المتخصصين في هذا المضمار، تبين لنا أن هذا المخطوط «تنبيه الطالب لفهم جامع الأمهات لابن الحاجب» لم تصل إليه أيدي المحققين حتى الآن ولذا

---

(1) الإفادات والإنشادات ص163، 164.

(2) يوجد منه جزء بمركز الجهاد الليبي تحت رقم (612، 656). ينظر: كشف الظنون 1/ 1787.

فإن هذه الدراسة تعد أول محاولة لتحقيق الكتاب وإخراجه إلى النور.

المنهج المتبع في الدراسة والتحقيق:

اعتمدت في بحثي هذا المنهج التحليلي الذي يسعى إلى كشف العلاقة بين المعلومات والتعرف عليها وتفسيرها، وقد قسمت عملي هذا إلى مقدمة وقسمين:

أما **المقدمة** فقد بيَّنت فيها أهمية الكتاب المحقق، ودوافع دراسته وتحقيقه، والصعوبات التي واجهتني عند تحقيقه، والمنهج المتبع في التحقيق.

وأما **القسم الدراسي**، فجعلته في تمهيد وثلاثة فصول:

تمهيد: بيَّنت فيه أهم المراحل التي مر بها الفقه المالكي في تونس حتى عصر المؤلف.

الفصل الأول: التعريف بصاحب الكتاب.

المبحث الأول: نبذة مختصرة عن حياة ابن عبد السلام.

المبحث الثاني: أهم العوامل التي ساهمت في نبوغ ابن عبد السلام.

المبحث الثالث: مكانة الشارح العلمية بين أقرانه من فقهاء عصره ببلده.

أما **الفصل الثاني**: فقد عرفت فيه بالكتاب:

المبحث الأول: تحدثت فيه عن نسبة الكتاب لمؤلفه.

المبحث الثاني: مصادر الكتاب.

المبحث الثالث: منهج ابن عبد السلام في «تنبيه الطالب».

المبحث الرابع: المآخذ على الشرح.

وفي **الفصل الثالث**: قمت بإجراء دراسة لبعض قضايا الكتاب:

المبحث الأول: نقد ابن عبد السلام للمختصر.

المبحث الثاني: ترجيح ابن عبد السلام بين أقوال العلماء.

المبحث الثالث: أمانة ابن عبد السلام العلمية.

المبحث الرابع: اعتدال ابن عبد السلام وأخذه بالدليل.

الخاتمة.

وأما **القسم التحقيقي** وهو المقصد الرئيسي من هذا العمل، ولما كان

من الصعب جداً تحقيق هذا المخطوط من قبل طالب واحد لكبر حجمه، قام أساتذتنا في قسم الدراسات العليا بتقسيمه على مجموعة من الطلاب، أُسند لكل طالب تحقيق جزء منه، وقد اشتمل الجزء الذي كلفت به على تسعة كتب فقهية هي: كتاب الوكالة، كتاب الإقرار، كتاب الاستلحاق، كتاب الوديعة، كتاب العارية، كتاب الغصب، كتاب الاستحقاق، كتاب الشفعة، كتاب القسمة.

وقد قمت بتحقيق الأبواب الفقهية المسندة إليَّ، وكان منهجي في القسم التحقيقي كالتالي:

1 ـ اعتمدت في التحقيق على ثلاث نسخ مخطوطة وهي: نسخة مركز الجهاد الليبي ورمزت لها بالرمز (ج)، ونسخة الخزانة العامة بالرباط ورمزت لها بالرمز (خ)، ونسخة مكتبة القرويين بالمغرب ورمزت لها بالرمز (ق).

2 ـ بما أن النسخ التي تحصلت عليها تكاد تكون متقاربة من حيث درجة الوثوق بها، فقد جعلت جميع النسخ مكملة لبعضها، وأثبتُّ في متن الكتاب النص الذي اتفقت عليه جميع النسخ، أما إن وجدتُ اختلافاً بين النسخ، فأختار من بينها ما أراه أنسب للسياق وأقرب إلى مراد المؤلف، ثم أثبت في الهامش ما هو موجود في باقي النسخ مما يحتمل أن يكون قراءة أخرى للنص.

3 ـ حافظت على نص الكتاب، ولم أضف إليه إلا ما أرى أن الكلام لا يستقيم إلا به، فأضعه بين معقوفين، ثم أشير إلى تلك الإضافة في الهامش.

4 ـ ميَّزت نص المختصر بخط بارز؛ ليسهل الاهتداء إلى مسائله.

5 ـ قمت بتوثيق جُلّ النقول الحرفية والحرة التي نقلها الشارح أو أشار إليها، فرجعت إلى المصادر التي استقى الشارح منها نقوله ـ إن وجدت ـ وإلا وثقتها من مصادر أخرى مفضلاً الأقدم فالأقدم، أمَّا إن كان النقل من خارج المذهب المالكي، فإني أوثق تلك النصوص من كتب ذلك المذهب.

6 ـ اكتفيت عند توثيق النقول بذكر اسم المصدر والجزء والصفحة، دون ذكر معلومات نشرها في الهامش، وتركت ذلك لقائمة المصادر والمراجع.

7 ـ قمت بتخريج الآيات القرآنية الواردة في النص المحقق، ذاكراً اسم السورة ورقم الآية، على رواية الإمام قالون عن نافع المدني رحمهما الله.

8 ـ قمت بتوثيق الأحاديث النبوية، معتمداً في ذلك على أشهر كتب الحديث، فما وجدته منها في «صحيح البخاري» أو «صحيح مسلم» أو «الموطأ» اكتفيت بالإحالة إليه، وما كان في غيرها بيَّنت أقوال العلماء فيه من حيث الصحة والضعف.

9 ـ عرَّفت بكل من: الأعلام والكتب والأماكن والبلدان المذكورة في النص المحقق، وذلك بالرجوع إلى أمهات كتب التراجم وفهارس الكتب ومعاجم البلدان وغيرها من المراجع.

10 ـ قمت بشرح معاني الألفاظ الغامضة الواردة في النص المحقق، مع الإشارة إلى مصادر شرحها في الهامش.

11 ـ تيسيراً على من أراد الاطلاع على الرسالة، والاستفادة منها بأيسر السُّبل، قمت بوضع فهارس مفصلة على النحو التالي:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية.
- فهرس أسماء الكتب الوارد ذكرها في النص المحقق.
- فهرس الأماكن والبلدان.
- فهرس الأعلام.
- فهرس بأهم المصادر والمراجع.
- فهرس مفصل لجميع أبواب الكتاب ومسائله.

وأثناء قيامي بهذا العمل واجهتني بعض الصعوبات أذكر منها:

1 ـ كبر حجم الجزء الذي كلفت بتحقيقه في البداية، حيث وصل عدد الأبواب الفقهية إلى ثمانية عشر باباً، وصل عدد صفحاتها في إحدى النسخ إلى أكثر من (550) صفحة، وبعد أن بدأت في التحقيق شعرت وزملائي ـ الذين لم يكن ما كلفوا بتحقيقه بأقل من الجزء الذي كلفت به ـ بصعوبة القيام بهذا العمل، فالتجأنا إلى أساتذتنا في قسم الدراسات العليا، راجين إعادة تقسيم المخطوط بما يتلائم والزمن المحدد لإنجاز رسائل الماجستير، فما كان منهم إلا أن ذلّلوا لنا تلك العقبة، وتكرموا ـ بعد زمن ليس بالقليل ـ

بتقسيم المخطوط من جديد، ولولا هذه الوقفة الكريمة، لما كان لهذا العمل أن يرى النور، فجزاهم الله عنا خير الجزاء.

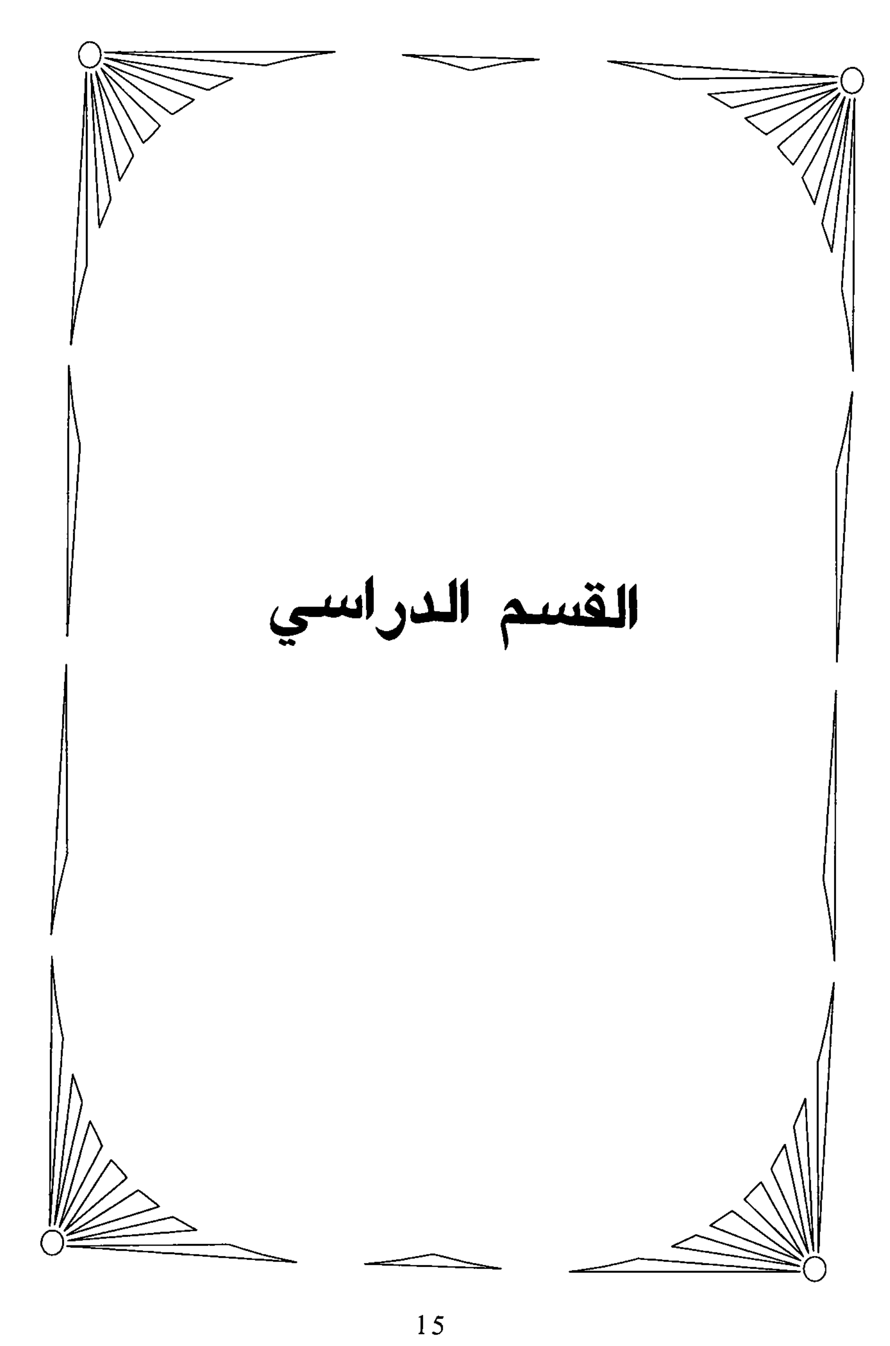
2 ـ كثرة النقول الحرفية والحرة في جميع مسائل الشرح، الأمر الذي جعل توثيقها والوقوف عليها يأخذ نصيب الأوفر من الوقت المخصص للبحث، ومما زاد الأمر صعوبة فقدان بعض المصادر التي استعان بها الشارح في بيان مسائل المتن، وهو ما دفعني ـ في بعض الأحيان ـ للتوثيق من مصادر متأخرة عن عصر المؤلف.

كما أن تشتت مسائل أبواب المعاملات وتداخلها يزيد من صعوبة الوصول إلى النصوص المنقولة وتوثيقها، فكثيراً ما يأتي الشارح بمسألة من باب فقهي في باب فقهي آخر، ولهذا فقد صرفت أوقاتاً طويلة في البحث عن بعض النصوص في المواطن المتوقع أن تكون فيها.

3 ـ غموض بعض مسائل الكتاب وصعوبة إدراك المراد منها؛ لبعدها عن حياتنا اليومية أولاً، وزهد المناهج التعليمية المعتمدة في تدريس هذا الجانب من الفقه الإسلامي والتركيز على أحكام العبادات من طهارة وصلاة وصوم وغيرها ثانياً.

والله وحده يعلم كم عانيت وما بذلت من جهود مضنية في إخراج هذا العمل بهذه الصورة، وهي مشقة لا يعلمها إلا من خاض مجال التحقيق وأغواره.

وأخيراً، أتوجه إلى السميع العليم، أن يجعل هذا العمل في كفة حسنات مؤلفه وشارحه وكل من نظر فيه، وأن ينفع به، وأن لا يؤاخذنا بما قد حصل من السهو والخطأ والنسيان، فهو عمل بشر يفتقر إلى التوجيه والإصلاح في نطاق التعاون العلمي المنشود، فإن أصبت ووفقت فمن الله وحده، وإن أخطأت وقصّرت فمن نفسي ومن الشيطان، وعزائي في ذلك أن الخطأ لا يسلم منه أحد إلا من لا يعمل، وأن الكمال لله وحده، وحسبي إخلاص القصد والنية لله، فهو الموفق لكل خير وهو الولي الحميد، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.



القسم الدراسي

تمهيد

لا يخفى على أحد الارتباط الوثيق بين التطور العلمي واستقرار الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فالاستقرار السياسي، والرخاء الاقتصادي، والعدل الاجتماعي، عوامل مهمة لنمو المجتمعات وتطورها في أي عصر من العصور، ولا شك أن للعصر الذي عاشه ابن عبد السلام المنستيري له تأثير على شخصيته واجتهاداته الفقهية، وكنت قد أعددت دراسة تاريخية وافية ومستفيضة تناولت فيها حياة ابن عبد السلام الاجتماعية والعلمية وأهم ملامح الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في عصره ببلده، وبعد أن انتهيت من عملي، علمت أن زميلي الذي كُلِّف بتحقيق الجزء الأول من الكتاب قد قام بذلك العمل، ولذلك قررت التخلي عمَّا كتبته خشية تكرار ما تناوله زميلي بالبحث والدراسة، إلا أني رأيت أنه من المفيد أن أعرض في عجالة بعض المباحث التي لم يتعرض لها زميلي في دراسته بشكل مفصل.

لمحة مختصرة عن مراحل تطور الفقه المالكي بتونس حتى القرن الثامن الهجري:

لقد دخل الفقه إلى تونس مع الفتح الإسلامي لها، فكانت أفواج الفاتحين تضم عدداً من الصحابة الذين تعلموا في مدرسة النبوة، وقد قيل: إن جيش عقبة بن نافع ﷺ ضم حوالي خمسة وعشرين صحابياً من أصحاب النبي ﷺ فساروا إلى إفريقية وهم يدعون: اللهم املأها علماً وفقهاً، وأعزّ بها الإسلام، وامنحها حبابرة[1] الأرض[2].

(1) حبابرة: جمع حَبْر وهو العالم، واشتهر ابن العباس بالحبر لعلمه. لسان العرب 4/ 158، (حبر).

(2) ينظر: طبقات علماء إفريقية ص122.

ويروى أن أمير المؤمنين ـ عمر بن عبد العزيز ـ أرسل عشرة من التابعين ليعلموا البربر أحكام دينهم[1].

ثم رحل كوكبة من الأفارقة إلى المشرق، فدرسوا الفقه على الإمام مالك بن أنس رحمه الله وغيره من الأئمة، وكان من أولئك المرتحلين: عبد الله بن غانم، وعبد الرحمٰن بن أشرس، وعبد الله بن فروخ، وعلي بن زياد ـ الذي كان له السبق في إدخال الموطأ إلى إفريقية[2] ـ وغيرهم من العلماء.

ثم تابع أبناء المغرب العربي الرحلة إلى المشرق طلباً للعلم، فدرسوا على يد تلاميذ الإمام مالك المدنيين والمصريين، فدرس أسد بن الفرات على ابن القاسم بمصر، ثم عاد إلى إفريقية حاملاً معه علماً غزيراً دوَّنه عن ابن القاسم، وهو ما عُرف بـ(الأسدية)، ثم رحل الإمام سحنون بها إلى مصر وقرأها على ابن القاسم فغيَّر جزءاً كبيراً منها، ما عدا الجزء الأخير الذي بقي بدون تغيير، ولذلك سمي هذا الجزء بـ(المختلطة) لأنه غير منسق أو مرتب، ثم عاد بها إلى إفريقية، فاعتنى بها العلماء؛ كابن أبي زيد القيرواني والبراذعي وغيرهما، اختصاراً وشرحاً وتعليقاً، وعرفت عندهم بـ(المدونة).

ثم ظهر بإفريقية علماء أعلام؛ كاللخمي والمازري والسيوري وابن الصائغ وغيرهم[3].

وفي القرن السادس الهجري أصبحت تونس مقراً للإمارة، وصار جامع الزيتونة محط رحال العلماء بدل جامع القيروان.

وفي المائة السابعة والثامنة، ظهر بتونس ثلة من الأعلام المتميزين؛ كابن عبد السلام، وابن عرفة، وابن زيتون، وعلي بن ناصر الدين الزواوي وغيرهم من العلماء الذين كان لهم الأثر الواضح في التأليف والقضاء والفتوى ببلدهم.

وبعد هذه اللمحة السريعة عن انتشار الفقه المالكي في تونس، يمكننا

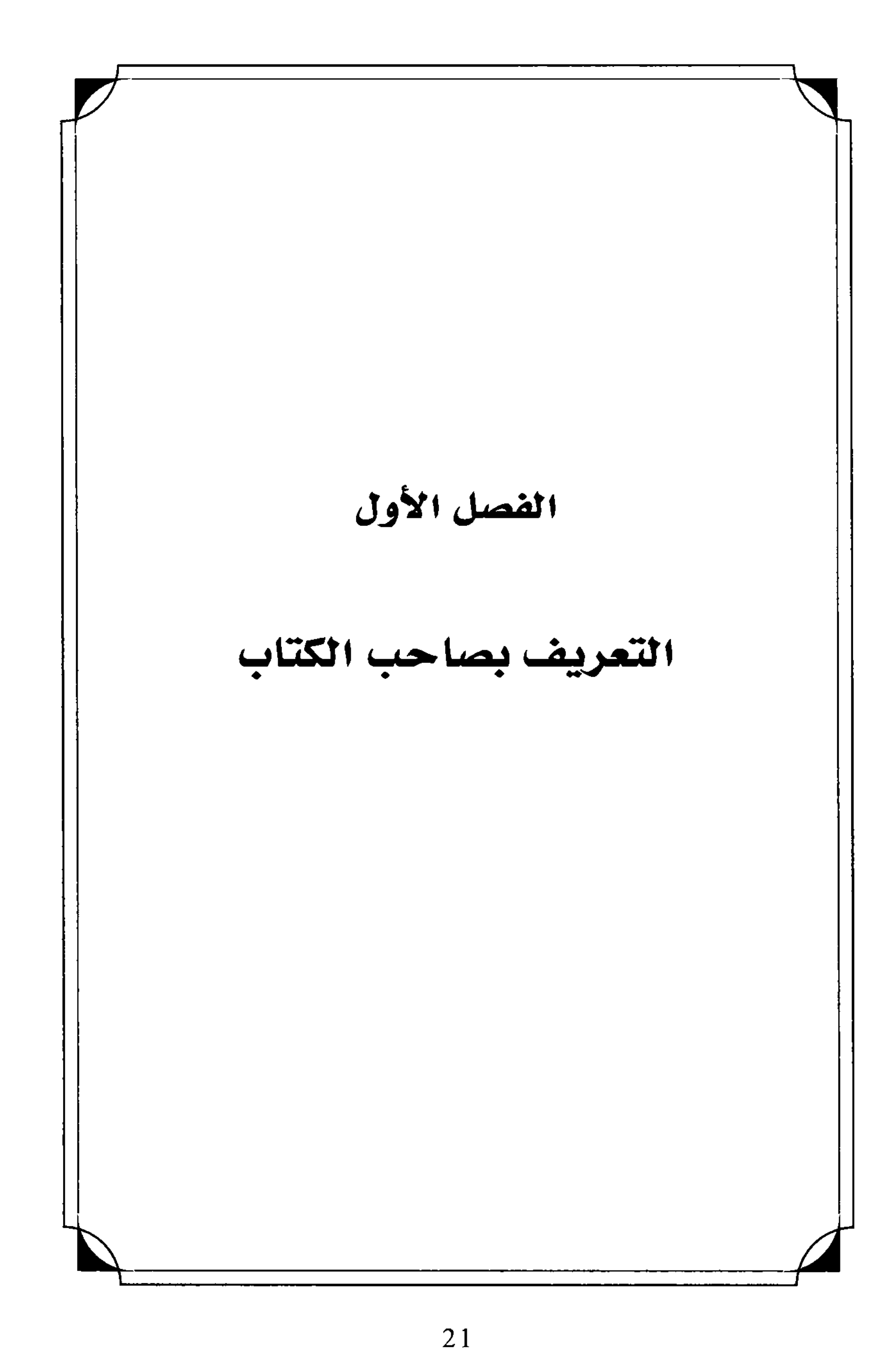
---

(1) ينظر: تونس وجامع الزيتونة ص7.

(2) ينظر: المصدر السابق ص8.

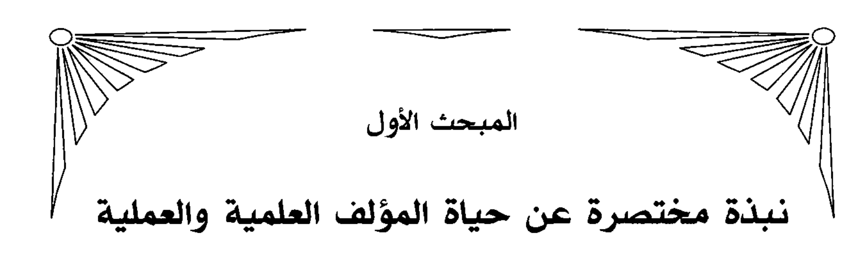
(3) ينظر: تونس وجامع الزيتونة ص8.

القول: إن الفقه المالكي وجد من العناية والاهتمام ـ بهذا الصقع ـ ما لم يجده في أي مكان آخر، وبقي أهل المغرب العربي متمسكين بذلك المذهب إلى يومنا هذا.



الفصل الأول

التعريف بصاحب الكتاب



المبحث الأول

نبذة مختصرة عن حياة المؤلف العلمية والعملية

نسبه:

هو العلّامة الخطيب المفتي قاضي الجماعة أبي عبد الله محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير المنستيري[1] الهواري[2] المالكي، الملقب بشيخ الإسلام وسَمِي مالك بن أنس لشبهه نحلة وشقرة وحمرة[3].

مولده:

ولد ابن عبد السلام سنة 676هـ ـ 1277م بتونس، وكان يسكن في زقاق الخلدونية اليوم، المعروف يومئذ بدرب ابن عبد السلام[4].

نشأته:

بالنظر إلى الحركة الثقافية التي ازدهرت في عصره، نستطيع القول بأن ابن عبد السلام نشأ في بيئة علمية خصبة، وخاصة إذا علمنا مدى التشجيع والعناية التي كان يوليها خلفاء الدولة الحفصية والمرينية للعلم وأهله.

---

(1) نسبة إلى مدينة المنستير بإفريقية ـ تونس الحالية ـ وتقع على ساحل البحر، بينها وبين سوسة اثنا عشر ميلاً؛ أي ما يعادل (45) كلم تقريباً. قال الحموي في وصفها: وهي مدينة مشهورة، بها مسجد لا يخلو من شيخ خيّر فاضل، يكون مدار القوم عليه. ينظر: معجم البلدان 5/ 509.

(2) هوارة: قبيلة من قبائل البربر، قيل: إن أصلهم من الجبارين الذين قاتلهم داود وطالوت وأخرجوهم من أرض فلسطين، فهربوا إلى المغرب وأقاموا في جباله. ينظر: معجم البلدان 1/ 368.

(3) تاريخ قضاة الأندلس ص163.

(4) ينظر: معجم المؤلفين التونسيين 3/ 326.

الوظائف التي شغلها:

تم تكليفه بعدة وظائف؛ كالتدريس وتولى قضاء الأنكحة والإمامة والخطابة في جامع الزيتونة[1]، وتولى قضاء الجماعة لأكثر من خمسة عشر عاماً[2].

شيوخه:

تتلمذ ابن عبد السلام على يد علماء أجلّاء؛ كالشيخ المقرئ الإمام أبو العباس البطرني[3]، والفقيه قاضي الجماعة عمر بن علي بن عبد الله الهواري، المعروف بابن قدَّاح، وأبو عبد الله محمد بن هارون الكناني (ت750هـ)، والفقيه الزاهد أبو عبد الله محمد بن سلامة التونسي الأنصاري (ت746هـ)، والعالم الفقيه محمد بن إبراهيم الآبلي[4]، والفقيه أبو بكر بن جماعة (ت772هـ)[5]، والفقيه البهلول بن راشد القفصي (ت736هـ).

تلاميذه:

درَّس ابن عبد السلام في المدارس العامة أبرز تلاميذه: الإمام الشهير أبو عبد الله محمد بن عرفة الورغمي (ت803هـ)[6]، والقاضي ابن حيدرة

---

(1) ينظر: جامع الزيتونة ص58.

(2) ينظر: معجم المؤلفين التونسيين 3/ 325.

(3) ينظر: برنامج المجاري ص139، وشجرة النور ص210.

(4) هو الفقيه محمد بن إبراهيم بن أحمد العبدري التلمساني، المعروف بالآبلي، أخذ عنه جماعة؛ كابن خلدون وابن عرفة وهو من الذين اصطفاهم السلطان المريني للسفر إلى تونس، توفي بفاس (757هـ). ينظر: برنامج المجاري ص145، وشجرة النور ص221، والحلل 1/ 406.

(5) هو أبو بكر أبو يحيى بن أبي القاسم الهواري، أخذ عن ابن واصل وابن عبد السلام وغيرهما، رحل إلى المشرق وأخذ عن ابن دقيق العيد وغيره. له تآليف عديدة منها كتاب في البيوع، توفي سنة (772هـ). ينظر: شجرة النور ص205، ومعجم المؤلفين التونسيين 2/ 48.

(6) ينظر: الديباج 1/ 337، وبرنامج المجاري ص139، وشجرة النور ص210 ـ 227.

(ت567هـ)[1]، والرحالة خالد البلوي[2]، والعلامة عبد الرحمٰن بن خلدون (ت808هـ)[3].

وفاته:

توفي ابن عبد السلام يوم (22) من شهر رجب سنة (749) هجرية، وعمره حينئذ ثلاثة وسبعين عاماً، وكان ذلك في أوائل الطاعون النازل ببلده، واحتمله طلبته إلى قبره وهم حفاة مزدحمون على نعشه[4]، رحمه الله رحمة واسعة وجزاه عن الأمة خير الجزاء.

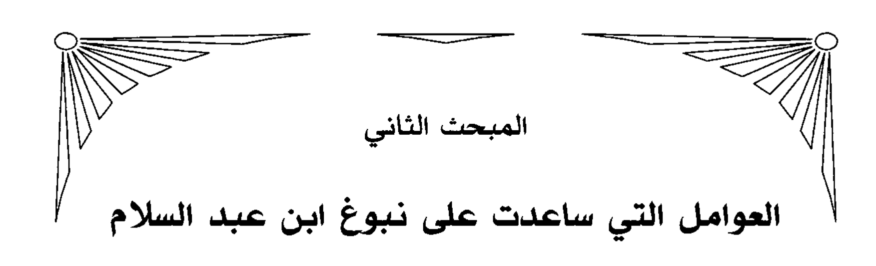
---

(1) هو أحمد بن محمد بن حيدرة، أخذ عن الشيخ محمد بن عبد السلام وغيره، وتتلمذ عليه ابن علون والقلشاني والحافظ البرزلي وغيرهم، تولى قضاء الجماعة بتونس بعد ابن عبد السلام المنستيري، توفي سنة (567هـ). ينظر: نيل الابتهاج ص106، وشجرة النور ص224، والحلل 1/ 615.

(2) هو خالد بن عيسى بن أحمد بن إبراهيم بن أبي خالد البلوي القاضي، أخذ عن الشيخ عبد العزيز وأبي العباس بن شعيب وابن عبد السلام المنستيري. ينظر: نيل الابتهاج ص173، والحلل 1/ 579، وشجرة النور ص210 ـ 229.

(3) هو عبد الرحمٰن بن محمد بن الحسن بن محمد الحضرمي، الإشبيلي الأصل، التونسي المولد، أخذ عن ابن عبد السلام وغيره. وله مؤلفات قيمة منها: «المقدمة»، و«التاريخ» المشهور، توفي سنة (808هـ). ينظر: نيل الابتهاج ص250، ومعجم المؤلفين التونسيين 2/ 211.

(4) ينظر: تاريخ قضاة الأندلس ص163.



المبحث الثاني

العوامل التي ساعدت على نبوغ ابن عبد السلام

هناك عدة عوامل ساعدت على نبوغ ابن عبد السلام وتميزه بين أعلام المذهب المالكي في الغرب الإسلامي بداية القرن الثامن الهجري، ولعل أهم تلك العوامل:

1 ـ البيئة التي نشأ فيها، فقد نشأ في تونس، حاضرة العلم بالمغرب العربي في ذلك الوقت، متنقلاً بين منارتي العلم ومجْمَع العلماء، القيروان والزيتونة.

2 ـ الاطلاع الواسع على كتب متقدمي الشيوخ داخل المذهب وخارجه، فقد كان دائم الاطلاع والمذاكرة، وقلَّ أن يفتر عن ذلك[1].

ومن الشواهد على ذلك قوله في كتاب الوكالة: «أما بيعه من نفسه السلعة التي وكل عليها، فالمشهور المعروف من المذهب أن ذلك لا يجوز، وهو مذهب أكثر العلماء خارج المذهب فيما علمت»[2].

وقوله في كتاب الاستلحاق: «ولا أعلم صحة نسبة هذا القول إلى المذهب إلَّا على ما ذكره ابن شاس، ولعله اعتمد على كلام سحنون»[3].

وعند بيانه لقول المؤلف في كتاب الوديعة: وأَقْفِلْ وَاحِداً، فَقَفَلَ اثْنَيْنِ: قولانِ. قال الشارح: «القول بالضمان مال إليه بعض الشيوخ، ولا أعلمه منصوصاً عليه في الأمهات»[4].

وفي إحدى مسائل كتاب الوديعة قال: «ولعل هذا الخلاف لا يوجد في

---

(1) ينظر: تاريخ قضاة الأندلس ص163.
(2) كتاب الوكالة ص125.
(3) كتاب الاستلحاق ص212، 213.
(4) كتاب الوديعة ص242.

غير هذا الكتاب، والذي في الكتب المشهورة: أن المودَع بخلاف في دعواه الرد، والخلاف في دعواه الضياع»[1].

3 ـ حسن استغلاله للوقت، فقلما كان يفتر عن الاجتهاد والنظر في المصنفات، وهو ما أكده النبهاني بقوله: «وكان هذا القاضي رَحِمَهُ اللَّهُ مشتغلاً بالعلم وتدريسه، قلَّما يفتر في كثرة أوقاته عن نظره واجتهاده»[2].

4 ـ انعكاس ما تولاه من وظائف؛ كالتدريس والخطابة والإفتاء والقضاء على تفكيره، إذ أدى كل ذلك إلى توسيع مداركه، وحفظه العديد من كتب المذهب المالكي.

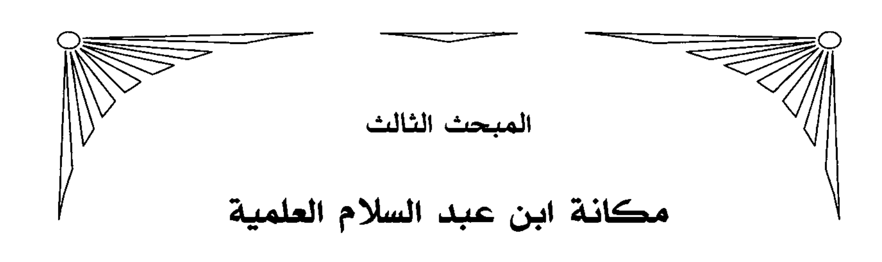
5 ـ الهدوء السياسي النسبي الذي ساد عصر ابن عبد السلام، وتشجيع خلفاء الدولتين الحفصية والمرينية للعلم والعلماء؛ كالاهتمام ببناء المدارس والزوايا والكتاتيب واستقدام العلماء من الشرق والغرب وإنشاء المكتبات وتزويدها بالكتب من كل مكان، حتى قيل إن مكتبة أبي زكرياء الحفصي احتوت على (3600) كتاب[3].

---

(1) كتاب الوديعة ص250.

(2) تاريخ قضاة الأندلس ص163.

(3) ينظر ص86 من هذه الدراسة.



المبحث الثالث

مكانة ابن عبد السلام العلمية

يعتبر ابن عبد السلام من العلماء الأفذاذ، الذين كانت لهم مكانة علمية رفيعة في تونس، فدرس وأفتى وألَّف.

وتبرز مكانته العلمية في أمور عديدة نذكر منها:

1 ـ ترجيحه بين أقوال الفقهاء داخل المذهب وخارجه ترجيحاً علمياً دقيقاً، معتمداً على معرفته الواسعة بالمنقول والمعقول، فكان بذلك أحد القلائل الذين بلغوا درجة الترجيح والاجتهاد الفقهي في المذهب المالكي في عصره[1].

2 ـ الأوصاف التي وصفه بها المترجمون له؛ كقول ابن فرحون في حقه: «لم يكن في بلده في وقته مثله»[2].

وقال النبهاني: «ومن القضاة بحضرة تونس وصدور علمائها في زمانه، الشيخ الفقيه المدرس ابن عبد السلام الهواري»[3].

3 ـ اختياره لتولي عدة وظائف في بلده؛ كالتدريس، والإمامة والخطابة بالجامع الأعظم، وقضاء الأنكحة، ومن بعده قضاء الجماعة وبقاؤه فيه خمسة عشر عاماً، وهو منصب لا يُسند إلا لمن اشتهر بالعلم وتوافرت فيه شروط القاضي وصفاته[4].

4 ـ تقديم فتواه على غيرها من فتاوى أهل العلم في بلده، ولعل خير شاهد على ذلك، اختيار السلطان أبي بكر بن أبي زكريا لفتواه، وتقديمها على

---

(1) ينظر: تاريخ إفريقية ص18، وشجرة النور ص255.

(2) الديباج 1/ 336.

(3) تاريخ قضاة الأندلس ص161.

(4) ينظر: تاريخ معالم التوحيد ص183، 184.

فتوى قاضي الجماعة حينئذ ـ ابن القداح ـ في مسألة اليهودي الذي اعترف باختطاف أطفال المسلمين وبيعهم للنصارى، فأفتى ابن القداح بقتل اليهودي، وأفتى ابن عبد السلام بصلبه، فاختار الوالي فتوى ابن عبد السلام[1].

5 ـ تأثيره في الخاصة والعامة، بما فيهم السلطان، ومن ذلك: إنكاره على الأمير أبي يحيى الاحتفال بذكرى المولد النبوي الشريف بالغناء والمعازف وأكل الطعام وغيرهما من الملاهي، فأخذ الأمير بنصحه وهجر تلك البدعة، وصار يأمر في صبيحة الليلة المباركة بتفريق طعام على الضعفاء والفقراء شكراً لله[2].

وأشار ابن فرحون لذلك بقوله في وصف الشيخ: «وكان موصوفاً بالفقه والنزاهة، معظماً عند الخاصة والعامة»[3].

6 ـ حرص طلبة العلم والولاة والسلاطين الذين زاروا تونس على حضور حلقته للاستماع إليه والأخذ عنه.

قال صاحب «تاريخ القضاة»: (لمَّا نزل السلطان أبو الحسن المريني بتونس، حضر مجلس ابن عبد السلام، وكان مع السلطان طائفة من كبار أعلام فاس؛ كمحمد بن الصباغ الخزرجي الذي اعترض على ابن عبد السلام في أربع عشرة مسألة، فأجاب ابن عبد السلام عنها جميعاً، عندها التفت الشيخ أبو عبد الله السطي للسلطان أبو الحسن وقال له: يا علي، كذا يكون التحصيل، وكذا يقرأ الفقه»[4].

وقد كان السلطان أبو الحسن المريني ومن معه حريصين على ملازمة حلقة القاضي ابن عبد السلام مدة إقامتهم بتونس[5].

---

(1) ينظر: تاريخ إفريقية 1/ 439، والمعيار المعرب 2/ 281. وربما كان اختيار السلطان لفتوى ابن عبد السلام؛ لأن عمل اليهودي ـ وهو ذمي ـ حرابة، وجزاء الحرابة معلوم، وقد اختار السلطان الصلب لحكمة.

(2) ينظر: تاريخ قضاة الأندلس ص162، 163.

(3) الديباج 1/ 336.

(4) ينظر: أزهار الرياض 3/ 36.

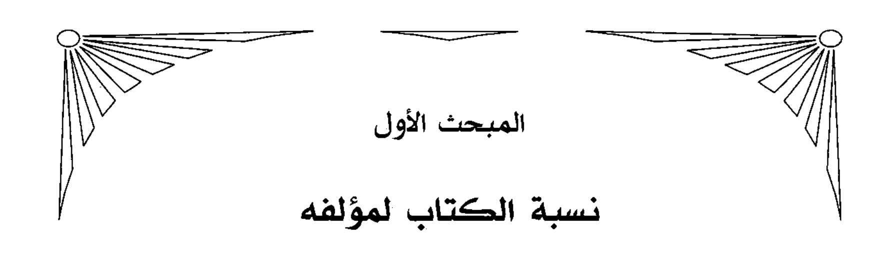
(5) ينظر: أزهار الرياض 3/ 36، ونيل الابتهاج ص416.

7 ـ إصرار الأميرة فاطمة الحفصية ـ مؤسسة المدرسة العنقية ـ على أن يكون ابن عبد السلام أحد المدرسين بتلك المدرسة[1] ـ مع أن تونس في ذلك الزمن تعج بالعلماء ـ دليل واضح على المكانة العلمية التي كان يتمتع بها الشيخ بين أقرانه.

(1) ينظر: تاريخ معالم التوحيد ص177، 178.

الفصل الثاني

التعريف بكتاب «تنبيه الطالب لفهم جامع الأمهات لابن الحاجب»



المبحث الأول

نسبة الكتاب لمؤلفه

بالرغم من عدم وجود نسخة بخط المؤلف، إلا أن نسبة الكتاب لابن عبد السلام لا يرقى إليها أدنى شك، اعتماداً على مجموعة من الأدلة والبراهين نذكر منها:

1 ـ إجماع كتب تراجم الرجال وفهارس الكتب على نسبة كتاب «تنبيه الطالب لفهم ألفاظ جامع الأمهات لابن الحاجب» للقاضي محمد بن عبد السلام المنستيري الهواري[1].

ونود التنبيه هنا على الخطأ الذي وقع فيه بعض أصحاب فهارس الكتب، حين نسبوا هذا الشرح إلى ابن عبد السلام الأموي[2].

2 ـ وجود اسم الشارح مقروناً باسم الكتاب على الصفحة الأولى في بعض نسخ المخطوط، ومن بينها: نسخة مركز الجهاد الليبي المعتمدة في التحقيق.

3 ـ وجود العديد من نصوص الشرح في الكتب الفقهية المتأخرة عن عصر الشارح منسوبة لابن عبد السلام[3].

4 ـ نسبة الرحالة خالد البلوي ـ أحد تلاميذ ابن عبد السلام ـ كتاب «تنبيه الطالب» لشيخه، وذلك في قوله: «أخذت عنه شرحه لابن الحاجب»[4].

وبناء على ما تقدم من الشواهد فإن نسبة الكتاب للمؤلف مقطوع بها ولا يرقى إليها أدنى شك.

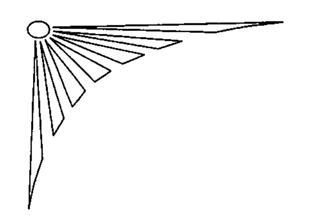
---

(1) ينظر: الديباج 1/ 336، ودرة الحجال 2/ 133، وإيضاح المكنون ص351.

(2) ينظر: كشف الظنون 1/ 487، وتوشيح الديباج ص209، وهدية العارفين 2/ 155.

(3) ينظر: كفاية الطالب 1/ 445، شرح الدسوقي 3/ 448، والتاج والإكليل 5/ 268، والفواكه الدواني 2/ 175، والشرح الكبير 3/ 385، وشرح الزرقاني 3/ 431. وغيرها من كتب المذهب المتأخرة عن عصر ابن عبد السلام.

(4) ينظر: نيل الابتهاج ص406.



المبحث الثاني

مصادر الكتاب

إن القارئ للشرح يلاحظ تنوع المصادر التي اعتمد عليها الشارح، فقد اعتمد على كتب في علوم شتى؛ كالفقه والحديث وأصول الفقه واللغة، حظي بعضها بالبقاء إلى وقتنا هذا مخطوطاً أو مطبوعاً، وفُقد بعضها الآخر ولم يبق منها إلا تلك النصوص المبثوثة في الكتب الناقلة عنها كهذا الشرح.

ومن خلال الجزء الذي قمت بتحقيقه تبين لي أن ابن عبد السلام استعان في شرحه بعدد من المصادر، ذكر بعضها صراحة في الشرح، وأشار إلى بعضها الآخر بذكر أسماء أصحابها، وفيما يلي بيان لأهم تلك المصادر التي ذكرت في الجزء الذي قمت بتحقيقه فقط:

1 ـ القرآن الكريم، ولم يتبين لنا من خلال الجزء الذي قمت بتحقيقه الرواية التي اعتمد عليها الشارح، غير أن الرواية المعتمدة بتونس في ذلك العصر هي رواية الإمام ورش رحمه الله.

2 ـ كتب الحديث النبوي الشريف، فلا يكاد يخلو كتاب من الكتب الفقهية التي تعرض لها الشارح من الاستشهاد بالحديث النبوي، وقد أحال الشارح في أغلب المواضع إلى مصادر تلك الأحاديث، ومن أهم تلك المصادر:

ـ «المصنف»، للحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت211هـ)[1].

ـ «مصنف ابن أبي شيبة» (ت235هـ)[2].

ـ «صحيح البخاري» (256هـ)[3].

(1) ينظر ص369.

(2) ينظر ص372.

(3) ينظر ص258.

- «صحيح مسلم بن الحجاج» (ت261هـ).
- «سنن أبي داود السجستاني» (ت275هـ)[1].
- «سنن الترمذي»، لأبي عيسى الترمذي (ت279هـ)[2].
- «سنن النَّسائي» (ت303هـ)[3].
- «سنن الدارقطني» (ت385هـ)[4].

3 ـ كتاب «أشهب» (ت204هـ) كرر ذكره في الشرح مراراً[5].

4 ـ «مختصر ابن عبد الحكم» (ت214هـ)[6] تكررت الإشارة إليه في الشرح باسم كتاب ابن عبد الحكم[7].

5 ـ «الأسدية»[8]، لأسد بن الفرات (ت213هـ) ورد ذكرها في الشرح عدة مرات[9].

6 ـ «الواضحة»[10]، لأبي مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي (ت238هـ) وردت الإشارة إليها في الشرح باسم كتاب «ابن حبيب»[11].

---

(1) ينظر ص94.
(2) ينظر ص94.
(3) ينظر ص265.
(4) ينظر ص265.
(5) ينظر ص231، 244، 443. وعدد كتاب سماعه عشرون كتاباً. الديباج 1/ 99.
(6) المختصر الكبير في الفقه، من مصادر الفقه المالكي عند مالكية العراق، شرحه أبو بكر الأبهري (ت375هـ) توجد منه نسخة مخطوطة بالقرويين بفاس. ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 137.
(7) ينظر ص383.
(8) الأسدية: لأسد بن الفرات، وهي المسائل التي سمعها أسد من ابن القاسم، قرأها سحنون مرة أخرى على ابن القاسم، وغيَّر جزءاً كبيراً منها ما عدا الجزء الأخير الذي بقي بدون تغيير، ولذلك فهذا الجزء يسمى المختلطة؛ لأنه غير منسق. توجد منه نسخة مخطوطة بمكتبة القرويين بفاس تحت رقم (796). ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 136، وأبجد العلوم 2/ 214.
(9) ينظر ص121.
(10) توجد منها نسخة مخطوطة بالقرويين بفاس. ينظر: تاريخ التراث العربي 1/ 587، وأبجد العلوم 2/ 412.
(11) ينظر ص123، 327، 416، 435.

7 ـ «المدونة»، للإمام سحنون (ت240هـ)، وقد اعتمد عليها الشارح في جل المسائل[1].

8 ـ «العتبية»[2]، وتسمى «المستخرجة» لأبي عبد الله محمد العتبي (ت255هـ)[3].

9 ـ كتاب «ابن سحنون» (ت255هـ)[4].

10 ـ كتاب «ابن مزين» (ت259هـ)[5].

11 ـ «المجموعة»[6]، لابن عبدوس (ت260هـ)[7].

12 ـ «الموازية»[8]، لأبي عبد الله محمد بن إبراهيم الإسكندراني المعروف بـ«ابن المواز» (ت269هـ)، وقد تكرر ذكرها في الشرح مراراً،

---

(1) ينظر ص157 وما بعدها.

(2) العتبية: هي الكتاب المسمى بالمستخرجة من الأسمعة المسموعة عن الإمام مالك بن أنس، لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتبي القرطبي (ت255هـ) اهتم بها أهل الأندلس واعتمدوا عليها، شرحها وحقق رواياتها القاضي ابن رشد في كتابه البيان والتحصيل، كما اهتم بها أهل إفريقية أيضاً. قال ابن حزم الظاهري: لها عند أهل العلم بإفريقية القدر العالي والطيران الحثيث. ينظر: كشف الظنون 2/ 1124، وأبجد العلوم 2/ 412.

(3) ينظر ص101، 122، 138 وغيرها.

(4) ينظر ص167، 174، 176، 177، 182. ولابن سحنون مؤلفات عديدة منها: كتابه «المسند في الحديث»، وكتابه الكبير المشهور «الجامع» جمع فيه فنون العلم والفقه فيه عدة كتب نحو الستين، كتاب في «تفسير الموطأ»، وغيرها من الكتب. ينظر: الديباج 1/ 236.

(5) ينظر ص422. ولابن مزين كتب عديدة منها: «تفسير الموطأ»، وكتاب سماه «المستقصية في علل حديث الموطأ»، وكتاب «فضائل العلم»، وغيرها من الكتب. ينظر: الديباج 1/ 354.

(6) المجموعة: كتاب في الفقه لمحمد بن إبراهيم بن عبدوس بن بشير، أعجلته المنية قبل إتمامه، وهي من الكتب المفقودة، غير أنه وصل إلينا منها قسم في كتاب «النوادر والزيادات» لابن أبي زيد القيرواني. ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 147.

(7) ينظر ص295، 303، 319 وغيرها.

(8) الموازية: هي كتاب في الفقه المالكي، لأبي عبد الله محمد بن إبراهيم الإسكندراني، المعروف بابن المواز (ت269هـ) وهي من الكتب المفقودة، وهي أجلّ ما ألّف المالكيون، ورد ذكرها غالباً في هذا الشرح باسم كتاب «محمد». ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 148.

وأشار الشارح إليها في بعض المواضع بقوله: قال ابن المواز في كتابه، أو: في كتاب «محمد»[1].

13 ـ «المبسوط»[2]، للقاضي إسماعيل بن إسحاق بن حماد (ت282هـ) وقع ذكره في بعض المواضع من الشرح[3].

14 ـ «المبسوطة»[4]، ليحيى بن إسحاق (ت303هـ) تردد ذكره في الشرح[5].

15 ـ كتاب «ابن شعبان» (ت355هـ)[6].

16 ـ «النوادر والزيادات»، لابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ) وقد اعتمد ابن عبد السلام على هذا الكتاب اعتماداً كبيراً في أغلب مسائل الشرح[7]، ذكرها الشارح صراحة في بعض المواضع، وأشار إليه في مواضع أخرى بقوله: كتاب «أبي محمد»[8]. وقد صرح ابن عبد السلام بأنه اعتمد على نسخة من كتاب «النوادر» مكتوب على ظهرها أنها قرئت على ابن أبي زيد[9].

17 ـ «التفريع»[10]، لابن الجلاب (ت378هـ) أشار له الشارح بذكر

---

(1) ينظر ص135، 136، 140، 143 وغيرها.

(2) المبسوط: للقاضي إسماعيل بن إسحاق بن حماد بن زيد بن درهم (ت282هـ). ينظر: الفهرست للنديم ص452.

(3) ينظر ص154، 321.

(4) الكتب المبسوطة كتاب في اختلاف أصحاب مالك وأقواله، وقد اختصرها الأخوان أبو عبد الله محمد وأبو محمد عبد الله، ابنا أبان بن عيسى بن محمد بن دينار (ت262هـ)، ثم اختصرها أبو الوليد بن رشد. ينظر: جذوة المقتبس ص350.

(5) ينظر ص287.

(6) ينظر ص377. وربما قصد به كتاب ابن شعبان الموسوم بـ«الزاهي الشعباني». ينظر: الديباج 1/ 248.

(7) ينظر ص115، 190، 191، 208، 231، 286.

(8) ينظر ص115.

(9) ينظر ص447.

(10) من أبرز كتب المذهب المالكي، طبع الكتاب بدار الغرب الإسلامي، بتحقيق د. حسين الدهماني.

اسم مؤلفه[1].

18 ـ «الثَمَانية»[2]، لابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ) ورد ذكرها في الشرح[3].

19 ـ «الصحاح»، للجوهري (ت393هـ) وردت الإشارة لهذا المعجم في الشرح مراراً[4].

20 ـ «التلقين»، للقاضي عبد الوهاب البغدادي (ت422هـ) ورد ذكره في الشرح[5].

21 ـ «الاستذكار لما في الموطأ من المعاني والآثار»، لأبي عمر بن عبد البر النمري (ت463هـ) وردت الإشارة إليه في الشرح[6].

22 ـ «المنتقى في شرح الموطأ»، لأبي الوليد بن سليمان بن خلف الباجي (ت474هـ) اعتمد عليه الشارح بشكل واضح في بعض الكتب الفقهية[7].

23 ـ «الإعلام في نوازل الأحكام»[8]، للقاضي أبي الأصبغ بن سهل (ت486هـ) ورد ذكره في الشرح[9].

24 ـ «البيان والتحصيل»، لأبي الوليد بن رشد القرطبي (ت520هـ) أشار الشارح له مراراً بذكر اسم مؤلفه[10].

---

(1) ينظر ص311.

(2) الثَّمانية: لأبي زيد القيرواني، وهي ثمانية كتب مشهورة تُعرف بالثَّمانية، جمع فيها المؤلف أسئلة المدنيين الذين تتلمذ عليهم؛ كابن كنانة وابن الماجشون ومطرف بن عبد الله ونظرائهم. ينظر: الديباج 1/ 148.

(3) ينظر ص155، 313.

(4) ينظر ص93، 181، 257 وغيرها.

(5) ينظر ص96.

(6) ينظر ص380، 392.

(7) ينظر ص291.

(8) توجد منه نسخة مخطوطة بدار الكتب الوطنية بتونس رقم (18394).

(9) ينظر ص272.

(10) ينظر ص100، 145 وغيرها.

25 ـ «التنبيهات»[1]، للقاضي عياض (ت544هـ) ورد ذكرها في الشرح[2].

26 ـ «الجواهر الثمينة»، لابن شاس (ت616هـ) وقعت الإشارة إليها في الشرح[3].

27 ـ «مختصر ابن الحاجب الفرعي»، وقد صرح الشارح أنه اعتمد على عدة نسخ من هذا الكتاب[4].

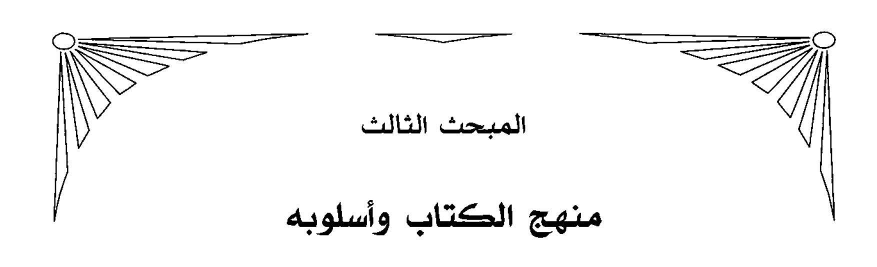
---

(1) التنبيهات المستنبطة على المدونة والمختلطة، توجد منه نسخة بالقرويين بفاس تحت رقم (330). تاريخ التراث العربي 2/ 136.

(2) ينظر ص455.

(3) ينظر ص376.

(4) ينظر ص196.



المبحث الثالث

منهج الكتاب وأسلوبه

بالرغم من المساعي التي بذلناها لجمع نسخ المخطوط؛ إلا أن جميع النسخ التي تحصلنا عليها كانت خالية من المقدمة والتي كانت ستعين على معرفة منهج ابن عبد السلام في شرحه؛ ولكنني ومن خلال دراسة الجزء المسند إليَّ تحقيقه من الشرح وقفت ـ ولله الحمد والمنة ـ للتعرف على أهم سمات تلك المنهجية وملامحها.

وفيما يلي عرض لأهم سمات وملامح ذلك المنهج:

1 ـ شرح المتن شرحاً سهلاً خالياً من التعقيد ـ في الغالب ـ فتميز أسلوبه بالوضوح والسلاسة، مبتعداً عن الإطناب الممل والإيجاز المخل، سالكاً مسلكاً وسطاً بين هذا وذاك.

2 ـ استدل الشارح في شرح مسائل المتن والاستدلال عليها بالقرآن الكريم، والسنّة النبوية، وأقوال الصحابة، والتابعين، والأئمة المجتهدين.

(أ) فاستدل بالقرآن الكريم ـ المرجع الأول للأحكام الشرعية ـ في عدة مواضع أذكر منها على سبيل الاستشهاد لا الحصر:

ـ استدل على أن الوكالة تكون بمعنى الحفظ، بقوله تعالى: ﴿وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا﴾ [النساء: 170][1].

ـ واستدل بقوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: 281] على مشروعية الإقرار وقال: «إذا صح إقراره على غيره فأحرى أن يصح على نفسه»[2].

ـ واستدل بقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: 75] على أن حكم

(1) كتاب الوكالة ص93.

(2) كتاب الإقرار ص159، 160.

العارية هو الندب[1].

ـ واستدل بقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾ ﴿لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: 92] على أن الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة؛ لأن الآية تدل على أن ترك شربها سبب في حصول الفلاح وهذا السبب لا يظهر تأثيره في حق الكافر[2].

ـ كما استدل على ذلك أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَوٰةِ﴾ [المائدة: 93] والكافر لا يصده الخمر عن ذكر الله ولا عن الصلاة؛ لأن ذلك لا يقع منه إذا لم يشربها[3].

ـ واستدل بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: 12] على وجوب فسخ القسمة عند ظهور دَيْن أو موصٍ له بعد القسمة[4].

(ب) استدل الشارح بالسنّة النبوية المطهرة ـ قولية وفعلية ـ معتمداً في ذلك على أشهر كتب الحديث؛ كـ«الصحيحين» و«الموطأ» و«سنن أبي داود» و«النسائي» و«الترمذي» و«الدارقطني» وغيرها من كتب الحديث، ولم يغفل الشارح توثيق تلك الأحاديث ونسبتها إلى مصادرها في الغالب.

وفيما يأتي عرض لبعض تلك الاستدلالات:

ـ استدل بقوله عليه الصلاة والسلام: «أردت الخروج إلى خيبر» على مشروعية الوكالة[5].

ـ واستدل على جواز الوكالة في النكاح، بتوكيل الرسول ﷺ لعمرو بن أمية في نكاح أم المؤمنين أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكذلك توكيله لأبي رافع في نكاح ميمونة بنت الحارث أم المؤمنين[6].

ـ واستدل على لزوم إقرار من أقر على نفسه، بقوله ﷺ: «واغد يا أنيس

---

(1) كتاب العارية ص258.
(2) كتاب الغصب ص318، 319.
(3) كتاب الغصب ص319.
(4) كتاب القسمة ص455.
(5) كتاب الوكالة ص94.
(6) كتاب الوكالة ص97.

إلى امرأة هذا، فإذا اعترفت فارجمها»[1].

ـ واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس بينه وبينها محرم»[2] على منع عارية الأجنبية منع كراهة؛ لما يؤدي إليه من الخلوة المحرمة[3].

ولا بد من الإشارة هنا إلى حرص الشارح على نقل الأحاديث حرفياً ـ غالباً ـ مع الإحالة إلى مصادرها[4]، أما إذا ذَكَر الحديث اعتماداً على ذاكرته، فإنه يشير إلى ذلك بقوله: نقلت هذا الحديث من حفظي، أو بغير ذلك من العبارات[5].

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الشارح كان حريصاً على الاستشهاد بالأحاديث الصحيحة، ولذا فإننا نجد أغلب الأحاديث التي استشهد بها من «صحيح البخاري»، وما يذكرها من غيرها من كتب السنن، يبين قول العلماء فيه أحياناً، ومن ذلك:

قوله ـ بعد أن ذكر حديث: «لا شفعة لغائب ولا لصغير» ـ «لكنه حديث ضعيف الإسناد»[6].

وقوله في كتاب العارية: «وليس في الأحاديث الصحيحة بيان لحكم الضمان صريحاً»[7].

وهو بذكره يؤكد استبعاده للأحاديث الضعيفة، وعدم تعويله عليها في الشرح.

(ج) بناء على أنه لا خلاف في حجية قول الصحابي والعمل به ـ في

---

(1) كتاب الإقرار ص160، والحديث أخرجه البخاري في صحيحه 2/ 813، باب الوكالة في الحدود.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه 2/ 978، باب سفر المرأة مع المحرم.

(3) ينظر: كتاب العارية ص262.

(4) ينظر ص265، 266، 382.

(5) كتاب الوكالة ص107.

(6) كتاب الشفعة ص378.

(7) كتاب العارية ص264.

المذهب المالكي ـ إذا لم يوجد دليل من كتاب أو سنّة أو إجماع، استدل الشارح بأقوال الصحابة والتابعين؛ لقوله ﷺ: «خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم»[1].

وقوله ﷺ أيضاً: «فعليكم بسنتي وسنّة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي، عضوا عليها بالنواجذ»[2].

ومن المواضع التي استدل فيها الشارح بأقوال الصحابة والتابعين أذكر:

ـ استدل بقضاء عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعمر بن عبد العزيز في حكم من وطئ امرأة غيره بالملك جاهلاً بحالها، بأن يقضى له بأمثال الولد[3].

ـ واستدل بتأييد عمر بن عبد العزيز، على ضمان الدابة بالتعدي عليها بقطع عضو من أعضائها[4].

ـ واستدل على أحقية الجار بالشفعة، بما كتبه عمر بن الخطاب للقاضي شريح أن اقضِ بالشفعة للجار[5].

3 ـ استعان الشارح بالقواعد الأصولية في شرح مسائل المتن والترجيح بين أقوال العلماء، ولا غرو، فابن عبد السلام من أعلام ذلك الفن المُجيدين.

ومن المواضع التي سخَّر فيها معرفته بعلم الأصول أذكر:

قوله في كتاب الوكالة: «فالسبب الذي أتى لأجله بلفظ المخصصات في هذا الموضع، واستغنى به عن ذكر التقييد هو: أن التخصيص مما يعرض للعام فيخرج بعض صوره، كما أن التقييد مما يعرض للمطلق فيُخرج ما عدا محل

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه 5/ 695، باب ما جاء في فضل من رأى النبي ﷺ وصحبه. وقال أبو عيسى: حديث حسن صحيح.

(2) أخرجه الترمذي في سننه 5/ 44، باب ما جاء في الأخذ بالسنّة واجتناب البدع. وقال أبو عيسى: حديث حسن صحيح.

(3) ينظر: كتاب الاستحقاق ص347.

(4) كتاب الاستحقاق ص355.

(5) كتاب الشفعة ص386.

التقييد ممَّا كان المطلق صالحاً له»[1].

ثم قال: «ودلالة العام على مفرداته أقوى من دلالة المطلق على ما هو قابل له؛ لأن الأول شمولي والثاني صلاحي، فإذا أثر التخصيص في رفع دلالة العام في قوتها، فأحرى التقييد في دلالة المطلق مع ضعفها»[2].

وبعد أن شرح قول المؤلف: وَالوَكِيلُ بالتَّعْيِينِ لَا يُوَكِّلُ إِلَّا فِيمَا لَا يَلِيق بِهِ أَوْ لَا يَسْتَقِلُّ لِكَثْرَتِهَا. قال ـ أي الشارح ـ: «واعلم أن كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ يدل بحسب دلالة مفهوم الصفة على أن للوكيل المفوض إليه أن يوكل غيره، وكذلك هو ظاهر المذهب»[3].

وقوله أيضاً: «فلا يبيع المأمور إلا إلى أجل اقتضاه العرف في تلك السلعة، كما أن العرف يقيد مقدار الثمن، وهذا صحيح، فإن المعتبر من الكلام إنما هو عرف التخاطب لا مقتضى اللغة، إلا إذا كان الآمر والمأمور غريبين»[4].

وعند شرحه لقول أشهب وابن القاسم فيمن قال لآخر: اشتر لي عبداً. فاشترى ما لا يليق به، قال الشارح: «لا يلزم من اطراد العرف في وجه ما أو في مسألة ما، اطراده في نظير تلك المسألة؛ لجواز أن يستعمل أهل العرف لفظة في شخص معين من أشخاص النوع دون بقية أشخاص ذلك النوع، أو يخصون اللفظ بنوع في باب من أبواب الفقه، دون غيره من الأبواب، وبالجملة إن القياس لا يدخل المسائل العرفية»[5].

وفي كتاب الإقرار قال: «والأقرب عندي في هذه المسألة وفيما يشبهها، أن يرجع إلى عرف الاستعمال، فإن فسر المقر كلامه بما يوافق العرف فأزيد قُبل منه، وإن فسره بما يكذبه العرف لم يلتفت إلى قوله وسجن حتى يفسره»[6].

---

(1) كتاب الوكالة ص108.
(2) كتاب الوكالة ص108.
(3) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 195، والجواهر الثمينة 2/ 683.
(4) كتاب الوكالة ص117.
(5) كتاب الوكالة ص118.
(6) كتاب الإقرار ص178.

وفي مسألة أخرى قال: «وهذه المسألة وشبهها مما يبين لك أن العموم عندهم يتخصص بالعادة، على أن هذه المسألة بخصوصيتها، هل هي من باب تخصيص العام بذلك أو من تقييد المطلق؟ وعلى التقديرين، فهل العادة هنا قولية أو فعلية؟ فيه نظر، والأقرب أنه من تقييد المطلق، وأن العادة فعلية»[1].

وفي هذا ما لا يخفى من ربطه بين القواعد الأصولية ومسائل الشرح.

وأثناء شرحه لقول المؤلف في كتاب «الاستلحاق»: وَلَوْ اسْتَلْحَقَ ذَا مَالٍ وَلَهُ وَارِثٌ، لَمْ يَرِثْهُ. قال الشارح: «ودل كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بحسب المفهوم، أنه إن لم يكن له مال قُبل منه، وفي معناه المال القليل؛ لانتفاء التهمة».

وعند شرحه لقول المؤلف في كتاب الوديعة: وفي جيبه قولان. قال الشارح: «يعني: لو قال: اجعلها في كُمك. فجعلها في جيْبه فضاعت، ففي ضمانه بهذه المخالفة قولان، وهما خلاف حال، هل الجيب أصون لها من الكم، أو الكُم أصون؟ والأقرب سقوط الضمان؛ لأن الجيْب أصون لها، ولا سيما في لباس أهل المغرب»[2].

وقوله في كتاب الوديعة: «**قلت**: ذلك محتمل أيضاً، أن يعود معه على مجموع الوجهين؛ إلا أن الذي قلناه أولاً أظهر؛ لأنه تفريع على ما دلّ عليه كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بالمطابقة، وهو قوله: ولو سافر بها مع القدرة... إلى آخره، والذي ذكره السائل تفريع على ما دل عليه كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ التزاماً؛ لأن قوله قبل هذا: فإن أودع لعذر... إلى آخره، إنما يدل على الضمان بحسب مفهوم الشرط»[3].

وعند شرحه لقول المؤلف: ومُسْتَسْلِف الودِيعة إنْ كَانَ مُعْدَماً لَمْ يَجُز اتِّفَاقاً. قال الشارح: «هذا حكم التصرف في الوديعة بالسَّلف، فأمَّا المُعدَم الذي لا وفاءَ له بها، فلا شك في منعه من التسلف؛ لِمَا اطردت العوائد به

(1) كتاب الإقرار ص184.
(2) كتاب الوديعة ص242.
(3) كتاب الوديعة ص230.

من كراهة أرباب الودائع في تسليفها»(1).

وقوله في كتاب العارية: «ودلَّ كلام المؤلف بالالتزام على أنه لا بأس باستخدام الجارية للمَحْرم»(2).

وقال في مسألة أخرى، بعد أن ذكر كلام ابن الحاجب في تعدي المستعير على المستعار: «ودلَّ كلام المؤلف بالالتزام على أن للمستعير أن يفعل ما ضرره مساوٍ لما أُذن له فيه»(3).

وفي كتاب الغصب قال: «واعلم أن وصف المؤلف هذا السفر بكونه بعيداً يفيد فائدتين، إحداهما: بحسب مفهوم الموافقة في الغاصب. والثانية: بحسب مفهوم المخالفة في التعدي»(4).

ومن ذلك أيضاً مناقشته لقضية: هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة أم لا؟ وذلك عند حديثه عن مسألة تعدي المسلم على خمر الذمي، هل يضمنه أم لا؟(5).

وفي كتاب الشفعة قال: «دلّ كلام المؤلف بحسب مفهوم المخالفة حيث قال: وصلح العمد، على أن صلح دم الخطأ مخالف للعمد»(6).

وقوله في كتاب الشفعة: «وينبغي أن ينظر في ذلك إلى ما تقتضيه القَرائن بحسب الوقائع، فللقَرائن دلالات لا تضبط إلا بعد وقوعها»(7).

4 ـ استخدم ابن عبد السلام القياس ووظفه لبيان مسائل المختصر والترجيح بين آراء العلماء، وذلك في مواضع عدة من الشرح أذكر منها:

قوله في كتاب الإقرار: «والشاهد على نفسه معترف بما شهد به عليها، وكذلك قوله تعالى في السفيه ومن ذكر معه: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة:

(1) كتاب الوديعة ص239.
(2) كتاب العارية ص262.
(3) كتاب العارية ص268.
(4) كتاب الغصب ص305.
(5) كتاب الغصب ص317.
(6) كتاب الشفعة ص411.
(7) كتاب الشفعة ص376.

281] فإذا صحَّ إقراره على غيره، فأحرى أن يصح على نفسه»[1].

وقوله في كتاب الوديعة بعد أن بيَّن وجوب الضمان على المودَع عنده إن أخبر ظالماً بمكان الوديعة أو دلَّه عليها فقال ـ أي الشارح ـ: «وإذا قيل فيمن دلَّ غاصباً على مال رجل فغصبه أنه ضامن، فأحرى هنا؛ لأن ذلك الدَّال لم يلتزم حفظ المال، بخلاف المودَع»[2].

وعند بيانه لقول المؤلف: ولو ادَّعَى الرَدَّ علَى الوارِثِ لَمْ يُقبلْ، وكذلِك دَعْوى وارِثِ المُودَع أنَّهُمَا لَمْ يأْتمنَاهُ كاليَتِيم. قال: «وإذا كان ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو الحكم في الصورتين معاً، فأحرى أن يكون الحُكم كذلك لو مات المودَع ورب الوديعة معاً، فادعى وارث المودَع رد الوديعة على وارث ربها»[3].

وقوله في كتاب الوديعة أيضاً: «وأما أجرة محلها ـ أي الوديعة ـ وعندي أنه يتقيد هذا بمن يقتضي حاله طلب الأجرة على ذلك، كما هو المذهب في رب الدابة يأذن لرجل في ركوبها، فيقول راكبها: إنما ركبتها عارية. ويقول ربها: إنما كان الإذن بأجرة. فالقول قول ربها إذا كان مثله يكري الدواب، وإذا صح تقييد هذا القسم من المسألة بما قلناه، وجب مثله في القسم الآخر؛ لأن كثيراً من الناس يكري نفسه في الحراسة والحفظ، والله أعلم»[4].

وفي كتاب الشفعة قال: «ولا يجوز له أن يهبها لأجنبي غير المشتري؛ لأن في ذلك إحداث ضرر على المشتري بإخراج ملكه عن يده بغير اختياره لغير مَن أَذِن له الشرع في ذلك ـ وهو الشفيع ـ وإذا امتنعت الهبة هنا فأحرى المعاوضة، والله أعلم»[5].

وعند حديثه عن الشفعة في المهر والخلع قال: «وقد سبق عن المذهب الخلاف في الصدقة والهبة وعلى القولة الشاذة في الميراث، فأحرى هذه

(1) كتاب الإقرار ص159، 160.

(2) كتاب الوديعة ص243.

(3) كتاب الوديعة ص252.

(4) كتاب الوديعة ص255.

(5) كتاب الشفعة ص384.

المسائل»[1].

وقال في نفس الكتاب أيضاً: «فلو بنى المشتري ما اشتراه مسجداً، فللشفيع هدم ذلك المسجد وأخذ الشِّقص بالشفعة، وإذا كان له إبطال الحبس، فأحرى إبطال الهبة والصدقة، وكذلك غيرها من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة»[2].

وبالإضافة إلى استعانته بالأدلة الشرعية من كتاب وسنّة وآثار في شرح مسائل المتن، فإنه استعان بعلوم أخرى؛ كالنحو والبلاغة، ولا عجب، فهو من المتقنين لتلك العلوم، ونرى ذلك في عدة مواضع من الشرح، نذكر منها:

قوله في كتاب الوكالة: «وأما الظهار فالأقرب عندي أنه مثل الطلاق؛ لأنه إذا قال الوكيل: زوجة فلان موكلي ـ على هذا ـ هي عليه كظهر أمه، فهو كقوله: امرأة موكلي طالق عليه، وذلك أن الظهار والطلاق إنشاء مجرد من الخبر لا يرد عليه تصديق ولا تكذيب، فهو كالبيع والنكاح والإجارة وغير ذلك من العقود»[3].

وقوله في كتاب الإقرار: «والتشبيه بينهما من التشبيه المركب، فصدر هذه المسألة يشبه صدر التي قبلها في اللزوم، وعجز هذه يشبه عجز تلك في عدم اللزوم»[4].

وبعد أن جلب قولي ابن عبد الحكم وابن سحنون فيمن قال لآخر: لِي عَلَيكَ أَلْفٌ، فَقَالَ: سَاهِلْنِي فِيْهَا وشِبْهَهُ. قال الشارح: «والأظهر من جهة اللغة قول ابن عبد الحكم، ومن جهة العرف قول ابن سحنون»[5].

وأثناء بيانه لأقوال العلماء فيمن أقر أن لفلان خمسين ونيف، قال الشارح: «**قلت**: هذا يدل على فساد القول الثالث، فإن ثلث الخمسين في قول المقر له: عليَّ خمسون ونيِّف، تزيد عن الستين؛ لأنه أكثر من ثلث

(1) كتاب الشفعة ص401.
(2) كتاب الشفعة ص409.
(3) كتاب الوكالة ص99.
(4) كتاب الإقرار ص194.
(5) كتاب الإقرار ص174.

الخمسين. قال الجوهري: ونيَّف فلان على التسعين؛ أي: زاد، وأناف على الشيء؛ أي: أشرف، وأنافت الدراهم على المائة؛ أي: زادت. وينبغي أن يكون المُعوَّل عليه من هذه الأقوال هو القول الأول لموافقته اللغة»[1].

وفي أثناء شرحه لقول المؤلف: ويكُونُ بالتَّفْويتِ بالمُبَاشرةِ، أو بإِثْبَاتِ اليَدِ العَادِيةِ. قال: «فاعل (يكون) أو اسمها ضمير يرجع إلى الضمان المفهوم من سياق كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ»[2].

وقوله بعد ذلك: «**فإن قلت**: باءُ الجرِّ في المواضع الثلاثة من أي أنواع البَّاءِ هي؟ **قلت**: هي باء السَّببية؛ أي: ويكون الضمان بسبب التفويت. وسبب التفويت إما المباشرة وهي سبب محسوس، وإما إثبات اليد العادية وهو محسوس باعتبار وضع اليد، وحُكي باعتبار الإتلاف، وعلى هذا فقوله: أو بإثبات اليد العادية. معطوف على قوله: بالمباشرة. لا على قوله: بالتفويت»[3].

وعند شرحه لقول ابن الحاجب: وَغَصَبْتُهُ مِنْ فُلَانٍ، لَا بَلْ مِنْ فُلَان. قال الشارح: «لمَّا كان هذا النوع من العطف يوجب إبطال ما حكم المتكلم به أولاً وإثبات ذلك للثاني؛ لزم بسبب ذلك دفع الشيء المقر به لفلان الأول، لسبقية الإقرار له»[4].

وفي كتاب الغصب قال: «**فإن قلت**: ومن أين حملت على المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أنه نقل عن أشهب التخيير في الوجهين المذكورين؟. . . . **قلت**: لإثباته واو العطف في قوله: ولا شيء عليه. وذلك يستدعي تقدم معطوف عليه، وهو ما نقله أولاً، فكأنه يقول: وقال أشهب مثل ما تقدم»[5].

وفي كتاب الشفعة بعد أن ذكر قول المؤلف: أما لو سلم قبلها فعلى البائع. قال: «الضمير المخفوض بالظرف راجع إلى الإقالة، ومفعول (سلَّم) محذوف، وهو الشفعة؛ أي: لو سلَّم الشفيع الشفعة قبل الإقالة ثم تقايلا فله

(1) كتاب الإقرار ص181.
(2) كتاب الغصب ص283.
(3) كتاب الغصب ص283.
(4) كتاب الإقرار ص200.
(5) كتاب الغصب ص321.

الشفعة وعهدته على البائع»[1].

وقوله في كتاب الشفعة: «والقيد الثاني: أن يكون العقار منقسماً؛ أي: قابلاً للقسمة. وقد تقدم لنا في غير هذا الموضع أن لفظة: (انفعل) وما تصرف منها إنما تستعمل فيما هو حاصل بالفعل، لا فيما هو قابل للحصول»[2].

وعند شرحه لقول المؤلف: ولَوْ أَسْقَطَ قَبْلَهُ لَمْ يَلْزَمْ ولَوْ بِعِوَضٍ. قال الشارح: «الضمير المخفوض بالظرف عائد إلى البيع، وقد تقدم الكلام على هذا الفرع، و(لو) الأولى هي التي يقال لها حرف امتناع، وجوابها قوله: لم يلزم. و(لو) الثانية هي التي بمعنى: (إِنْ) المكسورة، وهي تأتي في الكلام لمعنى الغاية، تقول: لا تخف أحداً من أهل هذا البلد، ولو كان المَلك، ولا تحقرن أحداً ولو كان مسكيناً أو عبداً. وعلى هذا التقدير، فقول المؤلف رحمه الله: ولو بعوض. يشير إلى أن سقوط الشفعة قبل الشراء من غير عوض، أخف منه إذا كان عن عوض»[3].

وعند رده على ابن يونس الذي استشكل قولاً لابن القاسم، قال الشارح: «الذي عندنا في نسخة النوادر ـ على ظهرها ما يدل على أنها قرئت على الشيخ أبي محمد رحمه الله ـ أن العطف بالواو لا بـ(أو) في قول ابن القاسم: على غير تفاضل أو كان»[4].

ومن الشواهد على ذلك أيضاً اعتراضه على قول الجوهري: أن العارية منسوبة إلى العار. فقال: «وأُنكر على الجوهري كونها منسوبة إلى العار؛ لأنه لو كان كذلك لقالوا: يتعيَّرون؛ لأن العار عينه ياء»[5].

ومنه أيضاً قوله في كتاب الغصب: «**فإن قلت**: ومن أين حملت على المؤلف رحمه الله أنه نقل عن أشهب التخيير في الوجهين المذكورين؟ وهلا حملت كلامه على أنه يأخذ الثوب من غير عوض عن الصبغ ولا يكون له غير ذلك؟

(1) كتاب الشفعة ص403.
(2) كتاب الشفعة ص360.
(3) كتاب الشفعة ص385.
(4) كتاب القسمة ص447.
(5) كتاب العارية ص257.

قلت: لإثباته واو العطف في قوله: ولا شيء عليه. وذلك يستدعي تقدم معطوف عليه، وهو ما نقله أولاً، فكأنه يقول: وقال أشهب مثل ما تقدم، وزاد: ولا شيء عليه في الصبغ»[1].

وقوله في كتاب الإقرار: «ولا شك أن لفظة: (شيء) من المجملات؛ بل هي كما قال النحاة: أنكر النكرات، فلذلك يُقبل تفسير المقر بما فسَّره»[2].

وقوله: «إذا قال: كذا كذا درهماً. فإن كذا كذا، كناية عن المركب، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر، فيلزم المقر أقل ذلك وهو أحد عشر، فلو قال: كذا وكذا بالعطف، لزمه أحد وعشرون؛ لأن المعطوف في العدد من أحد وعشرين إلى تسعة وتسعين»[3].

وعند شرحه لقول ابن الحاجب: وَلَوْ قَالَ لأَوْلَادِ أَمَتِهِ أَحَدُهمْ وَلَدِي، وَمَاتَ، وَلَمْ تُعْرَفْ عَيْنُهُ، فَالصَّغِيرُ وَحْدهُ حُرٌّ، وَقِيلَ: ثُلثَا الأَوسَطِ وثُلثَا الأَكْبَرِ، وَقِيلَ: الجَمِيعُ. قال ـ أي الشارح ـ: «فاعل قوله: (مات). ضمير يعود على المقر، والضمير المخفوض بالإضافة من قوله: (عينه). راجع إلى المقر به»[4].

ثم قال الشارح: «ودلَّت (واو العطف) من قوله: (وقيل: ثلثا الأوسط). على تقدم قول آخر عطف عليه هذا القول: فيكون ـ على هذا التقدير ـ في المسألة ثلاثة أقوال؛ أعني: باعتبار حكم الإعتاق خاصة، لا في لحوق النسب، فإنه غير معلوم نسبه»[5].

ولم يقتصر استعانته بتلك الأدلة النقلية فقط، وإنما تجاوزها إلى الاستعانة بالأدلة العقلية، مستعيناً بمعرفته الضافية بعلم الكلام، وهو العلم الذي ألقى فيه ابن عبد السلام دروساً على تلاميذه؛ كمحمد ابن عرفة وغيره[6].

---

(1) كتاب الغصب ص321.
(2) كتاب الإقرار ص175.
(3) كتاب الإقرار ص179، 180.
(4) كتاب الاستلحاق ص212.
(5) كتاب الاستلحاق ص212.
(6) ينظر: برنامج المجاري ص139.

وقد تحدث في مواضع عديدة من الشرح على بعض مصطلحات هذا العلم؛ كالحد والرسم والجنس والخاصة وغيرها من المصطلحات المنطقية، ومن ذلك:

مناقشته لتعريف الوديعة فقال: «**فإن قلت**: سلمنا أنه جامع؛ لكنه غير مانع؛ لدخول بعض أنواع الإجارة فيه، ألا ترى أنه ينطبق على الإجارة على حراسة المال. **قلت**: وهذا النوع من الإجارة مراد الدخول في هذا الرسم، ولا ينكر في الفقهيات وأمثالها من العلوم أن تكون المسألة مشتملة على وجوه، لكل وجه منها تعلق بباب أو كتاب من كتب الفقه، فيحتاج بسبب ذلك إلى ذكرها في كتب متعددة من كتب الفقه، والله سبحانه أعلم»(1).

وعند شرحه لتعريف الشفعة قال الشارح: «أتى بلفظ (أخذ) كالجنس لهذا الرسم، ولفظة: (الشريك) كالفصل أو الخاصة احترازاً من الجَار، فإنه لا شفعة له على ما سيأتي»(2).

وعند حديثه عن الخلاف بين العلماء في الشفعة في الماجل وشبهه. قال الشارح: «وأما قولهم: إن نفي الصفة عن الماهية يستلزم قبولها للاتصاف بها، فممنوع، وسنده قوله تعالى: ﴿لَا تَأْخُذُهُۥ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾ [البقرة: 254]. وقال يوسف عليه الصلاة والسلام: ﴿إِنِّى تَرَكْتُ مِلَّةَ قَوْمٍ لَّا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَهُم بِٱلْأَخِرَةِ هُمْ كَـٰفِرُونَ﴾ [يوسف: 37] إلى غير ذلك»(3).

وبالنظر إلى ما سبق، نستطيع أن نقول: أن ابن عبد السلام لم يترك فرعاً من فروع العلم التي برع فيها وأجادها، إلا واستفاد منه في توضيح مسائل المتن وبيانها.

5 ـ ألزم الشارح نفسه الاقتصار على شرح مسائل المتن التي يكتنفها الغموض، ويصعب فهمها، وتدعو الحاجة إلى بيانها وشرحها، وترك ما سواها من المسائل الواضحة الجلية، أو المسائل المشهورة في المذهب، واكتفى بقوله عنها: وهو ظاهر. أو: قوله: ظاهر التصور. وكثيراً ما يترك

(1) كتاب الوديعة ص221، 222.

(2) كتاب الشفعة ص358.

(3) كتاب الشفعة ص371.

الشارح التعليق على بعض الأقوال مكتفياً بقوله: فيه نظر. أو: فتأمله. أو غير ذلك من العبارات[1].

فالشارح عارف بمواطن الإشكال والغموض، ولذا اقتصر على شرحها وأعرض عن غيرها من المسائل التي لا تخفى على طلبة العلم، لما يؤدي إليه من الإطناب المُخل، والخروج عن مقصده من الشرح.

وفي إحدى المسائل من كتاب الإقرار قال: «والذي عليه الأكثرون أن الاستثناء المنفصل من غير الجنس جائز لغة، وإنما الكلام بينهم، هل هو حقيقة فيكون مشتركاً بينه وبين المتصل، أو هو حقيقة في المتصل مجاز في المنفصل؟ وليس البحث عن تحقيق هذا من نظر الفقيه فنتكلم عليه هاهنا»[2].

وقوله في كتاب الإقرار: «وفي المذهب مسائل كثيرة من هذا النوع، لا معنى لجلبها، في هذا الموضع لشهرتها»[3].

وفي كتاب الشفعة قال الشارح: «قال الباجي: وبلغني عن ابن المواز، يعني: أن للورثة الشفعة. وفروع هذا الفصل كثيرة، والذي ذكره المؤلف هو جُلّ ما يعتمد عليه منها، فلنقتصر عليه»[4].

وقد ترك الشارح الاعتراض على بعض المسائل حرصاً منه على الاختصار وعدم الإطالة، ومن ذلك قوله في كتاب العارية: «ولنا كلام على ذلك الاعتراض، تركنا ذلك خشية الإطالة»[5].

وفي كتاب العارية قال بعد كلام: «فعورضت هاتان المسألتان، وألزم كل واحد من ابن القاسم وسحنون المناقضة من إحدى المسألتين في الأخرى، والمعارضة ظاهرة، وفي تقريرها والإتيان بالجواب عن ذلك والاعتراض عليه طول مع شهرته، فلذلك تركناه»[6].

---

(1) ينظر ص225، 228، 230، 259، 314.
(2) كتاب الإقرار ص207.
(3) كتاب الإقرار ص188.
(4) كتاب الشفعة ص396.
(5) كتاب العارية ص278.
(6) كتاب العارية ص277.

وفي كتاب الغصب قال: «وما أتلف بأمر من الله تعالى فلا شيء عليه فيه، وما أتلفه خطأ فقولان أشهرهما: أنه يضمن. فقول المؤلف في توجيه هذا الفرع مُحتمل لوجوه كثيرة تركناها اختصاراً»[1].

6 ـ قام الشارح بإيضاح معاني بعض المفردات اللغوية، معتمداً في ذلك على أبرز المعاجم اللغوية المتوافرة عنده، مركِّزاً على معجم الصِّحاح للجوهري[2]، وربما كان السبب في هذا التركيز انتشار هذا المعجم وتوافره في بلد الشارح وزمنه.

7 ـ إن خبرة الشارح الطويلة في مجال التدريس، ومعرفته بما يدور في أذهان المتعلمين عند سماعهم لبعض المسائل الفقهية، جعله يتبنى أسلوب السؤال والجواب في توضيح بعض المسائل، وهي عادة كثير من الفقهاء في جلب المسائل والاعتراض عليها، فنجده يعرض الإشكال بقوله: فإن قلت. ثم يجيب عنه بقوله: قلت.

8 ـ التزم الشارح بالنزاهة والأمانة العلمية في نقوله الحرفية، فهو قليل التصرف فيها، مع الحرص على الإحالة إلى مصادرها ـ في الغالب ـ بدقة متناهية، ويظهر ذلك جلياً في العديد من صفحات الشرح.

9 ـ ركز الشارح على ذكر آراء فقهاء المذهب المالكي، إلا في مواضع يسيرة جلب فيها آراء المذهب الشافعي[3] أو الحنفي[4]، وقليلاً ما يذكر رأي المذهب الحنبلي[5].

أما نقله لآراء علماء المذهب الأخرى كمذهب الإمام الثوري أو داود الظاهري وغيرهم فهو نادر جداً[6].

والملاحظ على الشارح ميله إلى ترجيح المذهب الشافعي ـ في الغالب ـ

---

(1) كتاب الغصب ص298.
(2) ينظر ص257، 279، 436.
(3) ينظر ص264، 288، 307.
(4) ينظر ص309، 318، 325.
(5) ينظر ص359.
(6) ينظر ص347، 386.

كما هو الحال في كتاب الإقرار حيث قال: «يعني: أن المرض مانع من صحة الإقرار في حق المريض إذا أقر لوارث يتهم عليه أو لأجنبي يتهم عليه أيضاً. وقال الشافعي: يصح إقرار المريض مطلقاً. وقال أبو حنيفة: يبطل إقراره مطلقاً. والأصل ما قال الشافعي»[1].

وبعد سرد أقوال المذاهب المختلفة في مسألة من كتاب العارية قال: «والنفس أميل إلى مذهب الشافعي»[2].

وفي أحد مسائل كتاب الاستلحاق قال: «وركون النفس إلى مذهب الشافعي»[3].

وبعد أن ذكر آراء المذاهب الأخرى وأدلتهم في إحدى مسائل كتاب العارية قال: «والنفس أميل إلى مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه أسعد بالحديث في هذه المسألة»[4].

10 ـ استعمل الشارح في الغالب كلمة: (يعني) أو كلمة: (يريد) للفصل بين المتن والشرح، وقلما يسقطهما أو يستبدلهما بألفاظ أخرى[5].

11 ـ حرص الشارح على توثيق المتن، فاعتمد في شرحه على عدة نسخ للمختصر، ويُعلم ذلك من الآتي:

قوله في إحدى مسائل كتاب الإقرار: «وقعت هذه المسألة فيما رأيته من النسخ ـ وهي مضنون بها الصحة ـ من ثمن خنزير»[6].

وقوله في كتاب الوديعة: «ووقع في بعض النسخ بإثر كلام الباجي ما نصه»[7].

وفي موضع آخر قال: «ويقع في بعض النسخ زيادة لفظة: (أمين) بعد

---

(1) كتاب الإقرار ص160.

(2) كتاب العارية ص266.

(3) كتاب الاستلحاق ص218.

(4) كتاب العارية ص266.

(5) ينظر ص159، 209.

(6) كتاب الإقرار ص195.

(7) كتاب الوديعة ص256.

قوله: (على إيداع). وهي زيادة حسنة؛ لأن إيداع غير الأمين هو عين التضييع»[1].

12 ـ التزم الشارح عدم تكرار المسائل التي تكلم عليها فيما سبق، واكتفى بالإحالة عليها، ومن ذلك:

إحالته في كتاب الوكالة على كتاب الحج، عند قول ابن الحاجب: وفي الحج خلاف. فقال الشارح: «تقدم ذلك في كتاب الحج»[2].

وقوله في كتاب الإقرار عند حديثه عن الاستثناء: «وتقدم أيضاً في كتاب الطلاق أن من العلماء من منع الاستثناء من العدد»[3].

وقوله في كتاب الغصب: «اعلم أن هذه المسألة وما يتعلق بها تكررت في هذا الكتاب، وقد تقدمت في كتاب الصيد مستوفاة، فانظرها هناك»[4].

13 ـ اقتصر الشارح على شرح ما يتعلق بكلام صاحب المتن، وأعرض عما سواه، وقد بيّن الشارح هذا المنهج فقال: «وقد جرينا في هذا الموضع على عادتنا من الاقتصار على ما يتعلق بكلام المؤلف، وعلى ذلك نجري فيما يأتي إن شاء الله»[5].

وعند كلامه عن الاستثناء المنفصل من غير الجنس في كتاب الإقرار قال: «وليس البحث عن تحقيق هذا من نظر الفقيه فنتكلم عليه هاهنا»[6].

وفي نفس الكتاب يقول: «هذا ما يحتمله كلام المؤلف هنا من الزيادة، وبقيت فروع تتعلق بالولاء حسنة تركناها، إذ لا تعلق لها بكلام المؤلف»[7].

وفي آخِر كتاب الإقرار قال: «واعلم أن كتاب الإقرار كثير المسائل، متشعب الفروع، ولم يذكر المؤلف منها العُشر، ولكن فيما ذكره تنبيه على كثير

---

(1) كتاب الوديعة ص229.

(2) كتاب الوكالة ص98.

(3) كتاب الإقرار ص204.

(4) كتاب الغصب ص331.

(5) كتاب الاستحقاق ص356.

(6) كتاب الإقرار ص207.

(7) كتاب الإقرار ص172.

مما لم يذكره، فلهذا لم نأت بزيادة على كلامه»[1].

14 ـ راعى الشارح اختيار الموضع المناسب لعرض الأقوال والاعتراض عليها، ومن ذلك:

قوله في كتاب الوكالة: «. . . فكذلك يكره للمسلم أن يتوكل للذمي، وسيأتي ـ إن شاء الله ـ في الوصايا الكلام على إيصاء المسلم ذمياً على ولده»[2].

وعند إشارته لمسألة تعدد الوصايا لموص له واحد من كتاب الإقرار قال: «وسيأتي ذلك في محله إن شاء الله تعالى»[3].

وفي كتاب الإقرار أيضاً قال: «ولهذا المعنى تعلق بكتاب الدعوى، والكلام عليه هناك»[4].

وقوله في كتاب الاستحقاق: «ولعل أن يأتي للكلام عليها موضع هو أليق بها من هذا الموضع»[5].

وإذا تتبعنا مثل هذه الوعود ـ بالحديث عن تلك المسائل في أماكنها ـ نجده قد أوفى بها جميعاً، ومن ذلك:

قوله في إحدى مسائل كتاب الوكالة وبالتحديد عند شرحه لقول المؤلف: ولو أنكر الوكيل قبض الثمن فقامت البينة. . . إلخ. قال الشارح: «وسيأتي الكلام على ذلك إن شاء الله ـ تعالى ـ في كتاب الوديعة»[6].

وقد وفَّى أثناء بيانه لقول المؤلف في كتاب الوديعة: «وإذا جحد أصلها فأقيمت البينة، لم يقبل الرد»[7] أوفى الشارح بما وعد به سابقاً.

وعند حديثه عن المقر بأخ ثانٍ قال الشارح: «واختلف ما الذي يجب

---

(1) كتاب الإقرار ص208.
(2) كتاب الوكالة ص132.
(3) كتاب الإقرار ص192.
(4) كتاب الإقرار ص175.
(5) كتاب الاستحقاق ص346.
(6) كتاب الوكالة ص142.
(7) كتاب الوديعة ص245.

للثاني على ما سيأتي في محله إن شاء الله»[1].

وقد أوفى الشارح بذلك بقوله: «إذا قال: هذا أخي، ثم قال: لا بل هذا»[2].

ولما أوضح الشارح حقيقة الشفعة اصطلاحاً قال: «ولفظة: (الشريك) كالفصل أو الخاصة، احترازاً من الجار فإنه لا شفعة له على ما سيأتي»[3].

وقد أوفى الشارح بذلك عندما شرح قول المؤلف: «الآخذ: الشريك والمحبس إن كانت ترجع إليه وإلا فلا»[4].

15 ـ التزم الشارح بإحالة القارئ على أهم المصادر والمراجع التي يجد فيها ضالته إن أراد الاستزادة والتفصيل في إحدى المسائل، ومن ذلك:

قوله في كتاب الوكالة: «وقد علمت في غير هذا الموضع أن كل ما امتنع فيه التفاضل امتنع فيه النَّساء، بخلاف العكس، والكلام في هذا يتسع، ولخصوصيات المسائل أبحاث بعيدة الغور، والمتكفل بذلك «المدونة»، ففي كتاب السلم الثاني منها الشفاء، وقد أشار في كتاب الصرف وغيره من «المدونة» إلى شيء من ذلك، والتشاغل بذلك هنا كالأجنبي عن كلام المؤلف رحمه الله»[5].

وقوله في كتاب الإقرار: «ومن أراد الاستيفاء في ذلك فليقف عليه في النوادر»[6].

وقوله في موضع آخر من نفس الكتاب: «وفي كلام ابن يونس منها ما فيه كفاية لمن أرادها»[7].

ومنه أيضاً قوله بعد عرضه لمجموعة من أقوال الفقهاء: «فإن تشوفت إليه

---

(1) كتاب الإقرار ص200.
(2) كتاب الإقرار ص200.
(3) كتاب الشفعة ص358.
(4) كتاب الشفعة ص385.
(5) كتاب الوكالة ص110.
(6) كتاب الإقرار ص208.
(7) كتاب الإقرار ص172، 173.

فانظره في كتابه»[1].

وقوله: «وخرَّج هذا الشيخ قولاً باللزوم من الطلاق قبل النكاح، والعتق قبل الملك، ويظهر ببادئ الرأي صحة تخريجه، وإن كان القاضي ابن رشد حاول الفرق بينهما، وليس عندي بالقوي، فتركته لذلك، فانظره في أسولته»[2].

وفي كتاب الشفعة قال: «ومسائل هذا الفصل محتملة لأطول من هذا الكلام، وكتابا الشفعة والقسمة من «المدونة» متكفلان بذلك»[3].

وفي كتاب القسمة عند شرحه لقول المؤلف: وَفِي الجَبْرِ فِيمَا فِي قِسمَتِهِ ضَرَرٌ؛ كالحمَّامِ والرَّحَى: رِوَايَتَانِ. قال الشارح: «وكذلك الدار الصغيرة والجدار، ولهذه المسألة مُثل كثيرة؛ كالأندر والجدار والماجل، وتتبعها في المطولات، وربما وُجِد الخلاف في بعضها على غير ما هو في بعض»[4].

وفي كتاب القسمة أيضاً قال: «وأخبرني بعض قضاة بلدنا أنه لا يحكم بالإخلاء في الحوانيت وشبهها، ويُحكم به في الدور ونحوها، وفي هذه المسألة من الكلام أكثر من هذا، واستيفاؤه في كتب الأحكام»[5].

وعند حديثه عن مسألة الاستحقاق يطرأ بعد القسم قال: «وقد رُويت هذه المسألة على الوجه الذي تستوي به المسائل فانظره في «التنبيهات»، ومسائل هذا الفصل أطال شرَّاح «المدونة» الكلام عليها»[6].

وفي العديد من المواضع تجنب الشارح الخوض في المسائل الخلافية واكتفى بالإشارة إليها، ومن ذلك:

قوله في كتاب الاستلحاق: «ومنع الشافعي وابن سيرين من المشاركة في هذه المسألة؛ لأن أخذ المال مع التركة مشروط بثبوت النسب، ولم يحصل

---

(1) كتاب الإقرار ص204.
(2) كتاب الشفعة ص382، 383.
(3) كتاب الشفعة ص370.
(4) كتاب القسمة ص448.
(5) كتاب القسمة ص450.
(6) كتاب القسمة ص455.

هذا الشرط، وكذلك يخالف في المسألة التي بعد هذه في كلام المؤلف، والمسألة مشهورة في علم الخلاف»[1].

وقوله في إحدى مسائل كتاب الشفعة: «. . . ولكل فريق زيادة ترجيح، وأجوبة عن ما قال الآخر، وذلك في علم الخلاف»[2].

16 ـ حرصاً من الشارح على عدم تكرار المسائل، حاول الشارح الربط بين مسائل الشرح المختلفة، وهو بذلك يمثل المنهجية العلمية الحديثة التي تعتبر التكرار في عرض المسائل عيب من عيوب البحث العلمي، وللاستشهاد على ذلك نذكر:

قوله: «وقد تقدم الكلام على جواز بيع الدين من العدو، وهل يفسخ إذا وقع»[3].

وقوله في كتاب الإقرار: «وبيان كيفية العمل يأتي إن شاء الله في كتاب الفرائض. وقد تقدم أن الشافعي ﵀ لا يرى للمقر له في هذا النوع شيئاً»[4].

وقوله: «وذكر المؤلف هنا أن أكثر أمد الحمل أربع سنين، وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف، وأن المشهور فيما حكاه هو وغيره خمس سنين»[5].

وقوله: «والقول الثاني منها أشبه بمذهب «المدونة» في تكرار الوصايا من جنس واحد لموصٍ له واحد، ولهذه المسألة أيضاً مشابهة بمسألة من قام له شاهد واحد على مائة، وشاهدان على مائتين»[6].

وفي مسألة من كتاب الاستحقاق قال: «وهذه إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحدُّ وثبوت النسب، وهي مسائل كنَّا قبل هذا جمعنا منها عدداً، وأظن أنَّا قد قدمنا شيئاً من الكلام عليها في هذا الكتاب»[7].

---

(1) كتاب الاستلحاق ص217، 218.

(2) كتاب الشفعة ص386.

(3) كتاب الوكالة ص132.

(4) كتاب الاستلحاق ص218.

(5) كتاب الإقرار ص167.

(6) كتاب الإقرار ص192، 193.

(7) كتاب الاستحقاق ص346.

وقوله في كتاب الوديعة حيث قال: «وقد تقدم في كتاب الوكالة أن هذا مذهب ابن القاسم في الوكيل المخصوص بخلاف الوكيل المفوض إليه»[1].

وفي كتاب الغصب قال: «فمن منع حُرةً أو أَمَةً التزويج لم يلزمه ضمان صداقها، وهذا مما لا أعلم فيه خلافاً، وإن كان تقدم في كتاب النكاح ما قد يتخرَّج منه خلاف لبعض الشيوخ»[2].

وفي موضع آخر من كتاب الغصب قال: «اعلم أن هذه المسألة وما يتعلق بها تكررت في هذا الكتاب، وقد تقدمت في كتاب الصيد مستوفاة، فانظرها هناك إلى قوله: على التشبيه بهما»[3].

وعند شرحه لقول المؤلف: ولَوْ أَسْقطَ قَبْلَهُ لَمْ يَلْزَمْ ولَوْ بِعِوَضٍ. قال الشارح: «الضمير المخفوض بالظرف عائد إلى البيع، وقد تقدم الكلام على هذا الفرع»[4].

وفي كتاب الشفعة قال: «والقيد الثاني: أن يكون العقار منقسماً؛ أي: قابلاً للقسمة[5]، وقد تقدم لنا في غير هذا الموضع أن لفظة: (انفعل) وما تصرف منها، إنما تستعمل فيما هو حاصل بالفعل، لا فيما هو قابل للحصول، وسيأتي الكلام على الخلاف الذي يدل عليه هذا القيد»[6].

وفي كتاب القسمة قال: «وقد تقدم في كتاب الزكاة السبب الذي لأجله لم يدخل الخرص عند أهل المذهب فيما عَدا التمر والعنب»[7].

17 ـ اهتم ابن عبد السلام بالمصطلحات الفقهية اهتماماً كبيراً، فقام بمناقشة تعاريف ابن الحاجب وتعقبها وتنقيحها، حرصاً منه على أن تكون تلك التعاريف جامعة مانعة، ومن ذلك:

---

(1) كتاب الوديعة ص235.
(2) كتاب الغصب ص329.
(3) كتاب الغصب ص331.
(4) كتاب الشفعة ص385.
(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 757.
(6) كتاب الشفعة ص360.
(7) كتاب القسمة ص444.

مناقشته لتعريف ابن الحاجب للوديعة فقال: «**فإن قلت**: ليس بجامع؛ لخروج إيداع الأب ولده عند غيره ليحفظه له، ووضع الجارية المبيعة بيد الأمين في مدة الاستبراء وشبه ذلك. **قلت**: ليس مراد المؤلف هنا أن يرسم الوديعة لغة، وإنما مراده أن يرسمها في عرف الفقهاء، والذي يترجم له الفقهاء كتاب الوديعة هو ما رسمه المؤلف هنا، فلا يعترض بمسألة حفظ الولد، فإن المراد خروجها من الرسم؛ بل لو أدخلت فيه لكان غير مانع، وأما مسألة الجارية ففيها نظر»[1].

وفي كتاب الاستلحاق قال: «لا شك أن هذه اللفظة في عرف الفقهاء أخص مما هي في اللغة، فإنها لطلب لحوق النسب خاصة»[2].

وفي كتاب الشفعة قال: «أتى بلفظ: (أخذ) كالجنس لهذا الرسم، ولفظة: (الشريك) كالفصل أو الخاصة احترازاً من الجَار، فإنه لا شفعة له على ما سيأتي، وقوله: حصته. احترازاً من أن يأخذ منه ما ليس بينه وبينه شركة فيه، فإن الشريك قد يقضى له على شريكه بحق غير متعلق بالشركة، وقوله: جبراً. احترازاً من محْض الشراء الاختياري)[3].

ولم يقف ابن عبد السلام على تتبع تلك المصطلحات والتعاريف ومناقشتها فحسب؛ بل نجده يعرِّف بالعديد من المصطلحات التي فات ابن الحاجب أن يعرِّف بها، ومن ذلك تعريفه للاستلحاق[4].

كما اهتم ابن عبد السلام بضبط بعض الكلمات؛ احترازاً مما قد يقع من الاضطراب في فهم المعاني ومن ذلك:

قوله في كتاب الغصب: «لفظة: (مغصوباً) بالغيْن المُعجمة والبَاء الموحدة، وليست بالعيْن المهملة والميم، كما ضبطه بعضهم»[5].

وقوله في كتاب الاستحقاق: «**فإن قلت**: فهلا استغنى المؤلف بقوله:

---

(1) ينظر: كتاب الوديعة ص221.

(2) كتاب الاستلحاق ص209.

(3) كتاب الشفعة ص358.

(4) ينظر ص209.

(5) كتاب الغصب ص289.

(وخولف). عن قوله: (واستشكل)؛ لأن من خالف قولاً لا بد أن يعتقد أن الصواب في مخالفته؟ **قلت**: قد يكون المستشكل غير المخالف، فإن الإشكال إنما يكون غالباً من عَرْض القول على أصول ذلك القائل فلا تقبله أصوله، والمُخالف لقول قد يوافق على أصول ذلك القول ويُخالف في الإجراء عليها، وقد يخالف في الأصول التي بنى عليها القول ويُسلِّم صحة الإجراء عليها، فلا يكتفي بإحدى الكلمتين على الأخرى»[1].

ومنه أيضاً قوله في كتاب القسمة: «وأمَّا تنويعه إياها إلى ثلاثة في قوله: (مهايأة، وقسمة بيعٍ، وقسمةُ قيمة). فهي طريق الأكثرين، وربما قُسمت إلى غير ذلك، ولفظة: مهايأة. تضبط بالنون بين الألفين، فكأن كل واحد من المتقاسمين هنأ لصاحبه ما أعطاه، وتضبط بالياء المثناة من أسفل، وكأن كل واحد هيَّأ لصاحبه، ويسَّر له ما أعطاه»[2].

وعند شرحه لإحدى مسائل ابن الحاجب قال الشارح: «**فإن قلت**: كيف يُضبط قول المؤلف: (وعيونه). بالباء، رعياً لمطابقة قوله: (وكرمه). أو بالنون، رعياً لكثرة الفائدة، فإنه يشعر بأن البعل لا يجمع مع غيره، فإنه إذا شرط التساوي في ذوات العيون، كان هذا الشرط لا محالة معدوماً في البعل مع غيره. **قلت**: المعنيان سائغان؛ ولكن الثاني منهما أقرب إلى لفظ الرواية، فالأَوْلَى حمل كلام المؤلف عليه»[3].

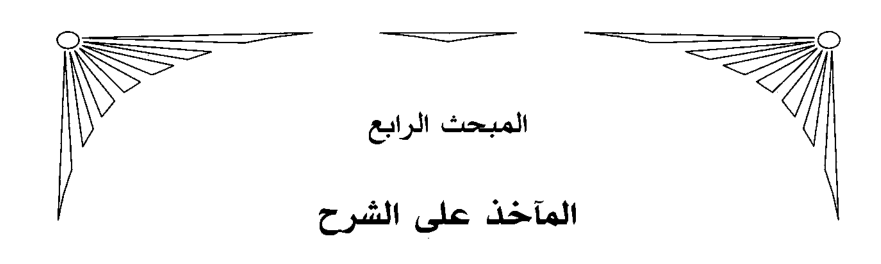
18 ـ التزم الشارح عند اعتراضه على بعض أقوال الفقهاء داخل المذهب أو خارجه بروح علمية سامية، وعبارات لا يشوبها أي قدح أو تعنيف أو تجريح للآخرين، ومن ذلك اعتراضاته العديدة على بعض أقوال ابن الحاجب، والتي سنتحدث عنها في الفصل الثالث من هذه الدراسة.

---

(1) كتاب الاستحقاق ص351.

(2) كتاب القسمة ص425.

(3) كتاب القسمة ص438.



المبحث الرابع

المآخذ على الشرح

إن الخطأ لا يسلم منه أحد من البشر، فالكمال لله وحده، والعصمة لمن عصم من الأنبياء والرسل.

كما أن الخطأ قرين العمل، فمن يعمل لا بد أن يخطئ ويصيب، فإن أصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر.

وهذه المآخذ التي نوردها لا تكاد تذكر أمام تلك المزايا والحسنات التي امتاز بها الشرح، وتتمثل أهم تلك المآخذ في الآتي:

1 ـ اعتماد الشارح ـ أحياناً ـ على كتب تستند إلى كتب أقدم منها، فعلى سبيل المثال: نجده ينقل نصوصاً للعتبية أو المجموعة من كتاب «النوادر والزيادات» لابن أبي زيد القيرواني، ونصوصاً للمدونة من كتاب «الذخيرة» للقرافي، ولا نجد للشارح عذراً في ذلك، اللهمَّ إلا إذا كانت تلك المصادر الأساسية غير متوفرة لديه، أو حال بينه وبينها حائل.

2 ـ لم يلتزم الشارح منهجاً واحداً في نسبة الأقوال إلى قائليها، فقد تنوّع الأسلوب عند نسبة الأقوال إلى أصحابها، فمرة يأتي باسم صاحب القول صريحاً، وفي أخرى يكني عنه، وتارة أخرى يذكر القول مبهماً دون الإحالة إلى قائله أو مصدره. فيقول أحياناً: ابن المواز، وأحياناً: أبو محمد، وأحياناً أخرى: قال الشيخ، . . . إلخ.

وعند توثيقنا للنصوص التي يشير إليها الشارح بقوله: وقال بعضهم. أو: وقال بعض الشيوخ. أو غيرهما من العبارات المبهمة، تبين لنا أنه لا يقصد بتلك العبارات فقيهاً معيناً، فقد تعني ابن المواز، أو ابن عبد الحكم، أو ابن رشد أو غيرهم من الفقهاء، وربما كان السبب في عدم نسبته تلك الأقوال لأصحابها صراحة؛ تذكره لتلك الأقوال ونسيانه لأصحابها.

3 ـ إهماله الاستدلال ـ في بعض المواضع ـ بالقرآن الكريم أو الأحاديث النبوية، أو الاكتفاء بالإشارة إليها دون ذكرها، ومن ذلك:

قوله في كتاب الغصب: «...؛ نهيه ﷺ عن مهر البغي»[1].

وقوله في كتاب الوديعة: «...؛ لنهيه ﷺ عن إضاعة المال»[2].

4 ـ إهماله لأقوال علماء المذهب الحنبلي ـ إلا نادراً ـ والاقتصار على جلب أقوال المذهب الحنفي والشافعي، وربما كان السبب في ذلك افتقار مكتبته لكتب المذهب الحنبلي.

5 ـ غموض بعض الفقرات في الشرح، مما أدى إلى صعوبة فهم ما يقصد بكلامه، وربما كان ابن عبد السلام بخبرته الكبيرة في مجال التدريس يعلم أن في بعض عبارات شرحه غموضاً، ولذلك تجده يكرر بعد كل عبارة أو فقرة غير واضحة قوله: فتأمله[3].

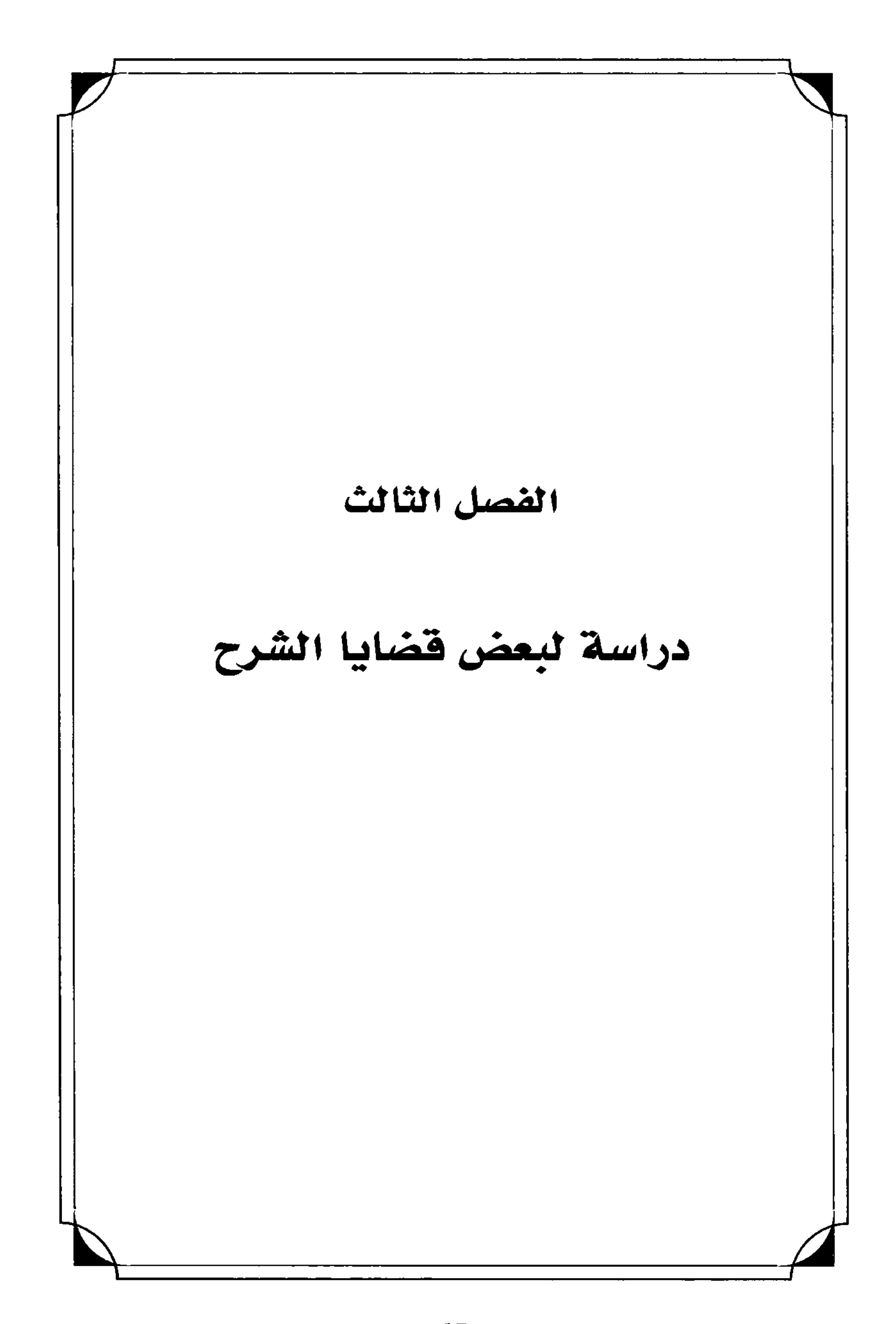
---

(1) كتاب الغصب ص330.

(2) كتاب الوديعة ص223.

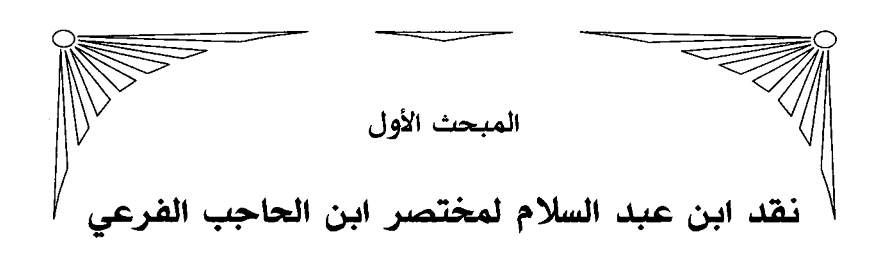
(3) ينظر ص126، 228.





الفصل الثالث

دراسة لبعض قضايا الشرح



المبحث الأول

نقد ابن عبد السلام لمختصر ابن الحاجب الفرعي

إن المطلع على الشرح يدرك أن ابن عبد السلام لم يكن شارحاً لمسائل المختصر فحسب؛ بل يتعدى ذلك إلى النقد والتدقيق وبيان بعض الهفوات التي وقع فيها صاحب المتن، الأمر الذي يجعل من الشرح دراسة لأسلوب ابن الحاجب ومنهجه، فابن عبد السلام لا يأخذ الكلام على عواهنه، وإنما يدقق ويمحص ويصحح، ويتحقق من نسبة الأقوال إلى قائليها.

فعند بيانه لمراد المؤلف من قوله: وإِذَا وَلَدتْ زَوجَتُهُ وَغَيرُهَا وَلَدَيْنِ، وَمَاتَتَا، واخْتَلَطَا، عَيَّنتْ القَافَةُ غَيْر زَوجَتِهِ. قال: «وليس لتقييد المسألة بموتها كبير فائدة؛ لأن هذا الحكم موجود فيما إذا كانتا حيتين، أو إحداهما»[1].

وفي كتاب الإقرار قال: «ولو عرَّف المؤلف هنا لفظة: دينار حتى تكون الألف واللام فيه للعهد لكان أحسن؛ ولكنه قال: سبعة أعشار دينار منكر، ولا يدرى ما وزن ذلك الدينار»[2].

وكذلك قوله في كتاب الوديعة عند شرحه لقول ابن الحاجب: «ولو ادعى الرد على الوارث لم يقبل، وكذلك دعوى وارث المودع لأنهما لم يأتمناه». قال الشارح: «**فإن قلت**: على ماذا يعود ضمير المثنى من قوله: لأنهما لم يأتمناه؟ **قلت**: على وارث رب الوديعة في الصورة الأولى، وعلى رب الوديعة في الصورة الثانية معاً، ولأجل هذا كان ينبغي أن يأتي بالضمير المنصوب مثنى، لا مفرداً»[3].

وقوله في كتاب الوديعة عند شرحه لقول ابن الحاجب: «وفِيها: إِنْ بَعَثَ

---

(1) كتاب الاستلحاق ص214.

(2) كتاب الإقرار ص185.

(3) كتاب الوديعة ص253.

بِضَاعةً إلى رجُلٍ بِبلَدٍ، فمَاتَ الرَّسُولُ بعدَ وصُولِهِ، وقَالَ المُرسَلُ إليهِ: لَمْ يُوصلَها لِيْ. فَلا شيءَ فِي تَرِكَتِهِ، فإِنْ مَاتَ قَبلُ، فَفِي تَرِكَتِهِ، قالَ سحْنونٌ: روايةُ سوْءٍ، وعَكَسَ مُحمَّدٌ فِيهمَا. وقال أشْهبُ: في تَركتِهِ فِيهِما».

قال الشارح: «وضمير التثنية المجرور بـ(في) راجع إلى حالي موت المودِع والمودَع، ولا يظهر له كبير فائدة فيما حكاه عن محمد؛ لأن لفظة: (عكس) تغني عن ذلك المجرور، لاستدعائها محلين؛ لكنها جاءت توطئة للمجرور الثاني في كلام أشهب ومبيِّنة له»[1].

وفي كتاب الوديعة أيضاً قال: «وكان من حق المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن يبيِّن مراد سحنون بقوله: (رواية سوء). فإنه كما يحتمل ما قلناه عنه من موافقة أشهب، فكذلك يحتمل سقوط الضمان مطلقاً؛ ولكنه أجمَل كلامه في ذلك، كما أجْمله فيما نسبَه إلى محمد، وليس باختياره»[2].

ولم يقتصر الشارح على انتقاد المؤلف من الناحية العلمية فحسب؛ بل نراه ينتقده ويبين بعض المآخذ المنهجية التي وقع فيها ومن ذلك:

قوله في كتاب الإقرار: «إن المؤلف أخطأ في تحديد المدة التي يصح فيها الإقرار للحمل» ثم علل سبب وقوع ابن الحاجب في ذلك الخطأ بقوله: «وإنما تبع المؤلف فيه كلام ابن شاس من غير تأمل»[3].

وفي الفقرة السابقة اتهام صريح لصاحب المتن، باقتباسه العديد من المسائل من كتاب «الجواهر الثمينة» لابن شاس، وقد أكد هذا الاتهام بالعديد من العلماء السابقين واللاحقين[4]، وهو ما لاحظته أيضاً حين المقارنة بين المختصرين ومن ذلك:

يقول ابن شاس في كتاب الوكالة من «الجواهر»: «من يصدق في الرد

---

(1) كتاب الوديعة ص234.

(2) كتاب الوديعة ص234.

(3) كتاب الإقرار ص166.

(4) قال العز الأموي: «وهذا الكتاب يقال إنه اختصره من جواهر ابن شاس، ويقال من تنبيه ابن بشير». التعريف بأعلام ابن الحاجب ص315.

إذا طولب فليس له التأخير بعذر الإشهاد»[1].

ويقول ابن الحاجب: «والمصدق في الرد ليس له التأخير لعذر الإشهاد»[2].

ويقول ابن شاس في كتاب الوكالة متحدثاً عن الوكيل: «فليس له أن يبيع من نفسه أو ولده أو يتيمه، ولا يشتري. وقيل: له ذلك»[3].

ويقول ابن الحاجب في نفس المسألة: «ولا يبيع من نفسه ولا من ولده ولا يتيمه، ولا يشتري. وقيل: له ذلك»[4].

وفي بيان صفة القرعة قال ابن شاس: «وصفة القرعة: أن تكتب أسماء الشركاء في رقاع، وتجعل في طين أو شمع، ثم ترمى كل بندقة في جهة»[5].

وقال ابن الحاجب: «وصفتها: أن يكتب الشركاء في رقاع، وتجعل في طين أو شمع، وترمى كل بندقة في جهة»[6].

وعند كلامه عن موانع الإقرار بالنسب قال: «يعني: أن شهرة نسب المقر له ـ وأحرى ثبوت نسبه ـ مانع من صحة دعوى المقر، وهذا صحيح، غير أنه شبيه بالتكرار في كلام المؤلف رحمه الله لأن الفرض أن المقر لم يستلحق إلا مجهول النسب، والجهل بنسبه مع شهرة نسبه متضادان أو متناقضان، فكان يكتفي عن هذا بقوله: أولاً مجهول النَّسب»[7].

ووجّه إليه الانتقاد في ذكره لمسألة من المسائل في غير موضعها، وأنه لم يحسن اختيار الموضع اللائق بها حينما ذكرها في هذا الموضع، فيقول: «هذا الفرع لا يليق في هذا الكتاب، وإنما موضعه كتاب الوديعة»[8].

(1) الجواهر الثمينة 2/ 692.
(2) كتاب الوكالة ص144.
(3) الجواهر الثمينة 2/ 681.
(4) كتاب الوكالة ص125.
(5) الجواهر الثمينة 2/ 782.
(6) كتاب القسمة ص428.
(7) كتاب الاستلحاق ص210.
(8) كتاب الوكالة ص144.

وفي كتاب الوديعة: «ولو استغنى المؤلف رحمه الله بذكر الموت بسبب الولادة عن ذكر العطب بالانزاء، لكان أقرب إلى عادته في الاختصار»[1].

وفي كتاب العارية ـ عند حديثه عن اختلاف المعير والمستعير في أمد العارية ـ قال: «وفي كلام المؤلف رحمه الله تسامح؛ لأنه يدخل تحته ما إذا ركبها إلى دون الغاية التي ادعاها المستعير»[2].

وأثناء شرحه لقول المؤلف: وتتعلق بذمة العبد المأذون له عاجلاً. قال الشارح: «وليس لقول المؤلف رحمه الله هنا: (عاجلاً). كبير فائدة؛ لأن ما تعلق بذمة العبد لم يكن لسيده إسقاطه، فمن وجب له حق أخذه به في الحال إن أمكنه ذلك»[3].

وعند بيانه لمسألة تزويج المستعير للأمة بغير إذن ربها، قاس ذلك على قول مالك رحمه الله في المرتهن يزوج الجارية دون أمر صاحبها فحملت فماتت من النفاس، ثم قال: «والأقرب أن لا فرق بين مسألتي الرهن والوديعة، وكان ينبغي للمؤلف أن يذكرها، أو يُخرِّج الخلاف منها»[4].

وكذلك اعتراضه على تعريف المؤلف للغصب بأنه: حرابة. فاحتج على ذلك بقوله: «يشترط عندهم في التعريف أن لا يكون مفتقراً إلى تعريف حقيقة أخرى، وأيضاً فإن تعريفه للحرابة لم يتقدم له حتى يحصل العلم به للناظر في هذا الموضع، وإنما عرَّف الحرابة فيما يأتي، والإحالة إنما تكون على ما تقدم العلم به، لا إلى علم لم يحصل إلى الآن»[5].

والشارح بمثل هذا النقد يمثل المنهجية العلمية الحديثة التي تُلزم الباحث بالإحالة إلى ما سبق ذكره لا إلى ما لم يذكر.

وعند بيانه لقول المؤلف: «وفيها: فيمن بعث يتيماً لآبق، فأخذه فباعه

---

(1) كتاب الوديعة ص244.
(2) كتاب العارية ص275.
(3) كتاب الوديعة ص224.
(4) كتاب الوديعة ص244، 245.
(5) كتاب الغصب ص280.

وأتلف الثمن، يرد العبد ولا عهدة على اليتيم». قال الشارح: «وهاهنا قد وضع اليتيم يده على الآبق بإذن ربه، فكان ينبغي أن يمضي بيعه؛ ولكن هذا سؤال ضعيف إن أراده المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ لأن قصارى أمر اليتيم فيه أن يكون وكيلاً على حفظ الآبق بعد أخذه، والوكيل على الحفظ لا يلزم ما باعه من مال الموكل»[1].

وبعد أن جلب قول المؤلف: وأمَّا غَيرُ المُمَيِّزِ فقيلَ: المَالُ فِي مَالِهِ، والدَّمُ عَلى عَاقِلَتِهِ، وقِيل: المَالُ هَدرٌ كالمَجْنُونِ، وقيل: كِلاهُمَا. قال الشارح: «وجعل المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ مورد الخلاف في هذه المسألة عدم التمييز، وهو حسن في الفقه، غير أن الروايات لا تساعده»[2].

وقوله في كتاب الشفعة: «وهذه المسألة تحتاج إلى تفصيل، وفي بعض وجوهها خلاف، وقد اختلفت طرق الشيوخ في نقلها، فمنهم من أجحف في اختصارها كالقاضي عبد الوهاب والمؤلف»[3].

وفي كتاب الاستحقاق قال: «وقد أكثر الشيوخ من الاعتراض على هذه المسألة، وزاد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ زيادة توجب اعتراضاً آخر غير ما ذكروه، وهو أوْلَى بأن يُبدأ به؛ لأنه أخصُّ بكلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ. . . وإنما تبع المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في ذلك بعض الشيوخ، ممن استشكل قول ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ»[4].

وفي كتاب الاستحقاق قال: «وتقييده قطع الطَّيْلَسَان والجُبة والعمامة بأن تكون من لباس ذي الهيئة، دليل على أن قطع الذَّنَب والأُذنين إنما يعتبر في مركوب ذي الهيئة أيضاً، ولو أتى بعبارة أجلى من هذه لكان أحسن»[5].

وقوله في الاستحقاق: «جَرَتْ عادة المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أن يأتي بهذه الصيغة؛ أعني: لفظة: (قالوا) إذا كانت المسألة منصوصاً عليها في المذهب للمتقدمين ثم يستشكلها، وليست هذه المسألة منصوص عليها للمتقدمين، وإنما ذكر هذا

(1) كتاب الغصب ص282.
(2) كتاب الغصب ص282.
(3) كتاب الشفعة ص363.
(4) كتاب الاستحقاق ص343.
(5) كتاب الاستحقاق ص354، 355.

بعض الشيوخ»[1].

وفي كتاب الشفعة قال: «وهذا الكلام من المؤلف هنا صحيح؛ إلا أنه زاد في الأصل الذي بنى عليه هذا القول زيادة مستغنى عنها، وهي أنه فرض أن بيع الحصة المستشفع بها لا يضر في طلب الشفعة، وهذا لا يحتاج إليه في هذا القول»[2].

وفي كتاب الشفعة أيضاً قال: «وقد ظهر لك من جمْع المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ المسائل الثلاث في هذا الموضع، ونقْلِه قولين في الجميع، أنه إنما يعتبر جمْع الأقوال وحدها دون القائلين، ألا ترى أن بعض من أثبت الشفعة في الصورة الأولى لا يثبتها في الباقيتين، وكذلك من يثبتها في الثالثة قد لا يثبتها في الأولى والثانية، وهكذا يفعل جماعة من المتأخرين، وهو خلاف التحقيق، والله أعلم»[3].

وفي موضع آخر من كتاب الشفعة قال: «وليس في قول المؤلف: (وإجارة الأرض للزرع). دليل على خصوصية هذه الصورة. . . . . ؛ بل ذلك عام في كراء العقار»[4].

وعند بيانه لرأي سحنون في إحدى مسائل كتاب القسمة قال: «وفيما ذكره المؤلف عن سحنون نقص وتلفيف»[5].

وفي كتاب القسمة قال: «والضمير المجرور بـ(إلى) من قول المؤلف: (دعا إليه). راجع إلى الجمع، والأحسن أن لو قال: وكذلك لو كانت، أو كانتا»[6].

واعترض الشارح في موضع آخر من كتاب القسمة على قول المؤلف: فَلَو أَنْكَرَ المُشتَرِي الشِّرَاءَ والبَائِعُ مُقِرٌّ. وقال: «تجوّز في إطلاق لفظتي:

---

(1) كتاب الاستحقاق ص353.

(2) كتاب الشفعة ص399.

(3) كتاب الشفعة ص369، 370.

(4) كتاب الشفعة ص369.

(5) كتاب القسمة ص457.

(6) كتاب القسمة ص435.

(المشتري) و(البائع) مع أن البيع لم يثبت، وكلامه يوهم أن القول الثاني عام في الحاضر والغائب، وإنما في كتاب «محمد» فيمن قال: إنه باع من فلان، وفلان منكرٌ أو غائب، أن لا شفعة له إن أنكر وإن كان غائباً، فإن كان بعيد الغيبة فلا شفعة للشفيع؛ لأن البائع مقر أنه أولى به منه، فإن قدِم الغائب فأقرَّ، كانت العهدة عليه»[1].

والشارح ملتزم بأسس النقد البنَّاء، فكما لا يفوته أن يشير في كل مناسبة إلى مآخذه على المتن، فهو في الوقت نفسه لا يغفل أن يشيد بأسلوب المؤلف وسعة نظره، ومن ذلك:

قوله في كتاب الشفعة: «ولو اقتصر المؤلف على ذكر القولين، ولم يذكر القائلين، لتبادر لفهم الناظر في كلامه، أن ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ يقول بثبوت الشفعة في هذا الفرع، وأن أشهب يقول بنفيها، هكذا عادته في هذا الكتاب؛ ولكن لمَّا فسَّر كلامه تبيَّن أن الأمر على العكس، واستغنى في قول ابن القاسم بذكر سبب الحكم عن بيان ذلك الحكم ما هو»[2].

وقوله في موضع آخر: «وفي كتاب «محمد» عكس ما في «المدونة»، وإن كان المؤلف نسَبه إلى محمد؛ أي: اختاره، وفيه تسامح»[3].

وقد سعى ابن عبد السلام في العديد من المواضع لالتماس العذر للمؤلف ما أمكنه ذلك، ومن ذلك:

قوله في كتاب الوديعة: «وقد قدَّم أن المشهور فيها أن اليمين إنما تتوجه على المودَع في دعوى الرد لا في دعوى التلف[4]، فإذا كانت الدعوى لا تتوجه إلا في دعوى الرد، فكذلك لا يكون النُّكول عنها إلا في دعوى الرد، ولعل المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ سكت عن هذا القيد اتكالاً على فهم الناظر في كتابه»[5].

وقوله: «وأظن أني وقفت لبعض الشيوخ على أنه لا يؤدب غير البالغ

---

(1) كتاب الشفعة ص422، 423.

(2) كتاب الشفعة ص362.

(3) كتاب الوديعة ص234.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 308.

(5) كتاب الوديعة ص251.

على الغصب، واستغنى المؤلف عن إثبات هذا الحكم للبالغ؛ لأنه إذا كان هذا الحكم ثابتاً لغير المكلف، فلأن يثبت في حق المكلف أولى»[1].

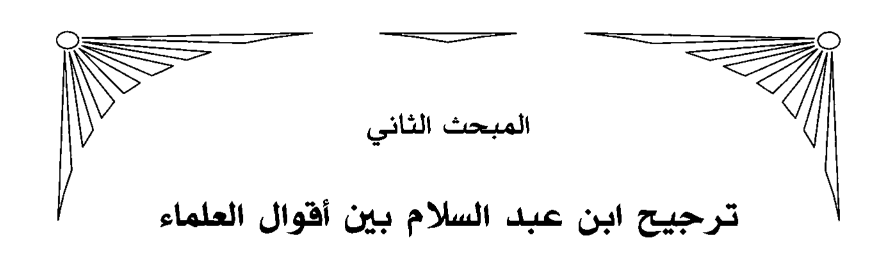
وكثيراً ما استدرك الشارح بعض المسائل التي لم يشر إليها المؤلف ومن ذلك قوله في كتاب الوديعة: «وإنما جلبنا هذا الكلام على ما هو عليه؛ لأن المؤلف رَحِمَهُ اللهُ قصَد إلى اختصاره ولم يوف به»[2].

ومنه قوله: «**فإن قلت**: فعلى هذا أجحف المؤلف رَحِمَهُ اللهُ في الاختصار، فترك قول أشهب مع شهرته، وترك قول مالك مع أنه مذكور في «المدونة». **قلت**: أمَّا قول أشهب فيمكن أن يكون العُذر للمؤلف رَحِمَهُ اللهُ في ذلك هو أن أشهب يرى أن الإنزاء يجوز للمودَع فعله»[3].

(1) كتاب الغصب ص281.

(2) كتاب الوديعة ص247.

(3) كتاب الوديعة ص244.



المبحث الثاني

ترجيح ابن عبد السلام بين أقوال العلماء

لم يكن ابن عبد السلام في شرحه مفسراً للألفاظ أو موضحاً للمسائل فقط، وإنما كان يسوق الآراء والأقوال داخل المذهب وخارجه، ثم يناقشها ويرجح ما يظهر له أنه الأرجح منها، معتمداً في ذلك على شخصيته العلمية المستقلة، وبصيرته النافذة، وعلمه الوافر في المنقول والمعقول، وهو ما أكده ابن فرحون بقوله: «وله أهلية الترجيح بين الأقوال»[1].

والمتتبع لصفحات الشرح، يعثر على الكثير من المسائل التي رجح فيها الشارح بعض الأقوال على بعض، نذكر منها قوله في مسألة من مسائل كتاب الإقرار: «والأظهر قول ابن القاسم عن مالك»[2].

وقوله في كتاب الغصب: «والنفس أسكن لما قاله أشهب»[3].

وبعد أن ذكر قول أشهب فيما إذا أفرخ البيض المغصوب عند الغاصب، قال: «وهو أظهر القولين عندي، ولا سيما والمحكي عن سحنون أن الغاصب إذا عالج المغصوب حتى تغير اسمه عنده كان للغاصب لا لربه»[4].

وفي كتاب الشفعة بعد عرضه لرأي أشهب في دخول ذوي السهام على العصبة قال: «وهو الأقرب عندي»[5].

وعند كلامه عن الشفعة في الثمار قال: «أما الثمار فالقول بثبوت الشفعة فيها لمالك وابن القاسم وأشهب ومعظم أصحاب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ..... قال

---

(1) ينظر: الديباج 1/ 336.
(2) كتاب الإقرار ص172.
(3) كتاب الغصب ص298.
(4) كتاب الغصب ص319.
(5) كتاب الشفعة ص395.

بعض الشيوخ: يريد إذا قسمت في النخل قبل الجَدِّ؛ لاختلاف أغراض أهلها. وروي عن مالك ـ وهو مذهب ابن الماجشون ـ أنه لا شفعة فيها، وهو الأظهر؛ لأن الحدود والطرق لا تتهيأ فيها على نحو ما تتهيأ في العقار، وما قاله أشهب فيه تكلف، والله أعلم»[1].

ولا يفوتني أن أؤكد هنا بأن الشارح لم يرجح قولاً من الأقوال على غيره؛ إلا ذكر بعده مباشرة المرجح لذاك القول، وهو ما نستنتجه من الأمثلة المذكورة بعد هذا.

فعند حديثه عن ضمان العارية ممن قال له صاحب الوديعة: اجعلها في كُمك، فجعلها في جيْبه، فضاعت. قال ـ أي الشارح ـ: «ففي ضمانه بهذه المخالفة قولان والأقرب سقوط الضمان؛ لأن الجيْب أصون لها، ولا سيما في لباس أهل المغرب»[2].

وبعد أن جلب أقوال العلماء فيمن أخذ سيفاً أو فأساً أو غيرهما على وجه العارية ثم أتى به مكسوراً، وادعى أن ذلك نابه فيما استعرته له، قال: «والأقرب قول عيسى ومن وافقه؛ لأن المستعير قد فعل ما أُذِن له في فعله، ولم يَقُم دليل على كذبه؛ بل قام ما يصدقه»[3].

قال في كتاب الشفعة: «وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: القياس أن يستشفع بالأكثر من قيمة الهبة أو قيمة الثواب. وهو الأظهر ـ والله أعلم ـ ووجهه ظاهر؛ لأن قيمة الشِّقص إذا كانت أكثر من الثواب، فللواهب أن يقول: إنما قبلتُ منه هذا لصداقة بيني وبينه، أو لِمَا أرجوه منه بعد ذلك، وإن كان الثواب أكثر من قيمة الشِّقص، فلأن ذلك هو العوض غالباً في هذا النوع، والله أعلم»[4].

والشارح لا يهمه عند الترجيح بين الأقوال المكانة العلمية لصاحب هذا القول أو ذاك، وإنما اعتماده دائماً على المرجحات العلمية فحسب، ولذلك

(1) كتاب الشفعة ص366.
(2) كتاب الوديعة ص242.
(3) كتاب العارية ص268.
(4) كتاب الشفعة ص417.

نجده يرجح القول الشاذ في أكثر من مسألة، ومن ذلك قوله في كتاب الغصب: «ثم إذا أُتلِف المغصوب بأمر من الله تعالى وهو مقوَّم، فالمشهور. . . . . ، والشاذ أنه يضمن أعلى القيم؛ لأنه كل حين غاصباً، فلرب المغصوب أن يرفع عنه حكم العداء في زمن، ويأخذه به في زمن آخر. . . . . ، وهو أقرب في النظر، والله أعلم»[1].

وقوله: «يعني: أن المذهب اختلف على قولين في تغير سوق المغصوب بنفس. . . . . ؟ فالمشهور أنه ليس موجباً لخياره. . . . . والشاذ أن ذلك موجب لخياره. . . والظاهر في النظر هو القول الشاذ؛ لأن حوالة الأسواق بالنقص ـ ولا سيما في المثال الذي ذكره المؤلف رحمه الله ـ لا تقصر على العيب اليسير»[2].

وعند بيانه لأقوال العلماء في الشفعة في غير المتقوم كالمهر قال: «والأقرب عندي القول الشاذ في المهر» وعلل ذلك بقوله: «لأن البضع قد يتقوم في النكاح الفاسد وغيره»[3].

وعند حديثه عن الشفعة للشريك الأخص والأعم وأيهما أولى بها قال: «وكأن النفس أميل إلى الشاذ؛ لأن الموجب للشفعة هو الشركة، لا شركة مقيدة»[4].

إن تلك الأمثلة وغيرها تؤكد أن ابن عبد السلام سما في ترجيحه بين آراء الفقهاء إلى منهج اجتهادي داخل المذهب وخارجه، فلم يلتزم بالمشهور من أقوال الفقهاء؛ بل راعى المصالح والأعراف وغيرهما من المرجحات.

وقد حاول الشارح مراراً الجمع بين أقوال العلماء، وعدم ترجيح أحدها على الآخر ـ ما أمكنه ذلك ـ ومن ذلك:

قوله في كتاب الوديعة بعد أن ذكر اختلاف أقوال العلماء في ضمان من أنزى على بقر وشبهها ـ وهي وديعة عنده ـ: «وحاصل هذا: أنها إذا ماتت تحت الفحل، كان المودع متعدياً كالمباشر، وإذا ماتت من النفاس كان

---

(1) كتاب الغصب ص300.
(2) كتاب الغصب ص313، 314.
(3) كتاب الشفعة ص411.
(4) كتاب الشفعة ص394.

كالمتسبب»[1].

وبعد إن اختلاف أشهب وابن القاسم فيمن حلف أن لا يدخل بيتاً هل يحنث بدخول بيت الشعر أم لا؟ قال الشارح: «إذا عرفت هذا، فيكون ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ قد ثبت عنده أن أهل العرف لا يقيدون لفظة: (البيت) بالمبنى؛ بل أبقوه على ما هو عليه في اللغة، وثبت التقييد بذلك عند أشهب، فيكون الخلاف بينهما خلاف في حال، وكذلك مسألة الوكالة، والله أعلم»[2].

ولا يقف الشارح عند ترجيحه بين أقوال العلماء داخل المذهب المالكي فحسب؛ بل نجده في العديد من المواقف يرجح بين أقوال علماء المذاهب المختلفة ترجيحاً علمياً، نائياً بنفسه في ذلك عن التعصب المذهبي الممقوت.

ومن المواضع التي رجح فيها بين آراء المذاهب المختلفة أذكر:

قوله في كتاب العارية: «قال ابن القاسم بنفي[3] الضمان ورواه عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ وقاله محمد بن عبد الحكم وأصبغ. وقال أشهب بإثباته ورواه عن مالك. وقال الشافعي: العارية مطلقاً مضمونة[4]. وقال أبو حنيفة: هي أمانة غير مضمونة[5]. وذكَر الشيخ أبو إسحاق بن شعبان عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: أن المستعير لا يصدق في ذهاب ما لا يغاب عليه من العواري. وقيل: لا يصدق فيما صَغُر من الحيوان؛ لأنه يخفى إذا غُيِّب عليه[6]. وليس في الأحاديث الصحيحة بيان لحكم الضمان صريحاً، وقد تجاذب العلماء الألفاظ الواقعة في الصحيح...... والنفس أميل إلى مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لأنه أسعد بالحديث في هذه المسألة»[7].

---

(1) كتاب الوديعة ص245.

(2) كتاب الوكالة ص118.

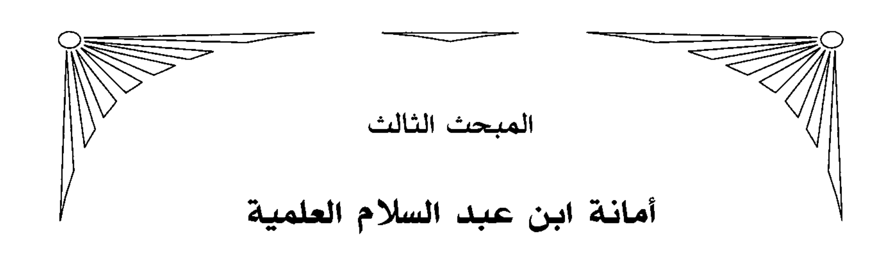
(3) في «ج»: (ينبغي).

(4) ينظر: الأم 6/ 18، والمهذب 1/ 336.

(5) ينظر: بدائع الصنائع 6/ 217، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 185، وبداية المبتدي 1/ 183، وتحفة الفقهاء 3/ 177، والهداية شرح البداية 3/ 220.

(6) ينظر: المقدمات 2/ 471.

(7) كتاب العارية ص264 ـ 266.



المبحث الثالث

أمانة ابن عبد السلام العلمية

إن أهم الصفات التي يجب أن يتصف بها العالم الأمانة العلمية، فمن شكر العلم نسبته لأهله.

وابن عبد السلام في شرحه هذا كان مثالاً للعالم الأمين في نقوله الحرفية والحرة، فمن خلال توثيقنا للنقول الموجودة في الشرح، وبالرجوع إلى بعض مصادر المؤلف، وجدنا أن الشارح كان أميناً في نقوله، فلا يفوته أن ينبّه القارئ ويصارحه بأنه لم يبالغ في البحث عن مسألة ما، أو أنه لم يقف عليها في مصدرها، أو أنه نقل المسألة من حفظه، ومن ذلك:

قوله في كتاب الوكالة بعدما ذكر نصاً للمدونة: «ونقلته من حفظي»[1].

وقوله عند جلبه لأقوال العلماء فيمن أُمر بأن يشتري شاة بدينار دُفع إليه، فاشترى بذلك الدينار شاتين: «ذكره ابن شاس عن ابن المواز، والذي حكاه أبو محمد في النوادر عن كتاب «محمد» ظاهره هذا».

وكذلك قوله في كتاب الإقرار بعد أن استشهد بحديث نبوي: «نقلت هذا الحديث من حفظي»[2].

وقوله في كتاب الوديعة: «ولم أقف على هذه الزيادة في الروايات في كتب متقدمي الشيوخ؛ لكني لم أبالغ في البحث عنها»[3].

وفي كتاب الوديعة عند نقل قول ابن المواز: «ويحلف كل واحد منهما، ويحكم له بمائة، ومن نكل لم يكن له شيء، وكانت لمن حلف، فإن نكلا جميعاً، لم يكن على المقر إلا مائة واحدة يقتسمها الرجلان بعد أيمانهما؛

---

(1) كتاب الوكالة ص107.

(2) كتاب الإقرار ص178.

(3) كتاب الوديعة ص249.

لأنه قد أقر أن عليه مائة ثانية». قال بعد كلام: «وكذلك لو كانت المائة التي عليه ديناً فيما ذكرناه»[1].

فقول ابن عبد السلام: «قال بعد كلام» دليل على أمانته العلمية في نقل النصوص حرفياً.

وفي نهاية كتاب الوديعة عندما وجد في بعض النسخ زيادة على كلام المؤلف قال: «وأظن ذلك زيادة ممن أراد أن يستدرك على المؤلف رحمه الله شيئاً من الأقوال التي بقيت عليه»[2].

وقوله في كتاب الغصب: «وأظن أني وقفت لبعض الشيوخ على أنه لا يؤدب غير البالغ على الغصب»[3].

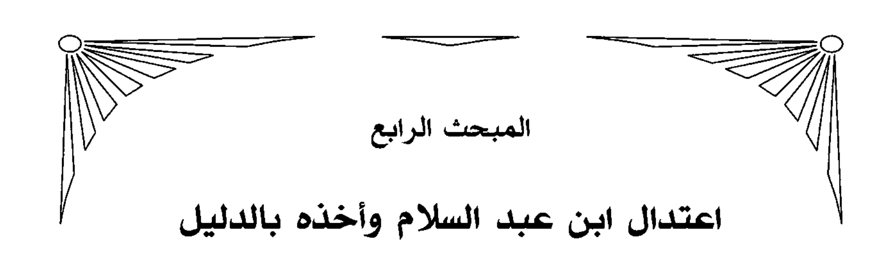
وقوله في كتاب الشفعة: «ولم أقف على الخلاف في ذلك سوى ما حكاه ابن شاس»[4].

وقوله في كتاب الشفعة: «قال اللخمي: لو كانت الشفعة فيما لا ينقسم على القول بذلك في الماجل وشبهه، لكانت على عدد الرؤوس على القولين معاً، هذا معنى كلامه»[5].

وبعد أن ذكر الأقوال في شفعة من باع الحصة التي يستشفع بها قال: «ولم أقف على كل هذه الأقوال منصوصاً عليها»[6].

---

(1) كتاب الوديعة ص254.
(2) كتاب الوديعة ص256.
(3) كتاب الغصب ص281.
(4) كتاب الشفعة ص376.
(5) كتاب الشفعة ص391.
(6) كتاب الشفعة ص400.



المبحث الرابع

اعتدال ابن عبد السلام وأخذه بالدليل

إن التشدد والغلو والتشبث بقول أحد المجتهدين ـ وإن كان الدليل لا يوافقه ـ صفة مذمومة لم يكن لأسلافنا الفقهاء عهد بها؛ بل كان الواحد منهم يوقر الآخر ويحترم رأيه واجتهاده؛ بل يترك ما هو عليه إن رأى أن غيره أسعد بالدليل، وكان بعضهم يقول: «رأيي صواب يحتمل الخطأ ورأي غيري خطأ يحتمل الصواب»[1].

وكان الإمام الشافعي يقول: «ما رأيت كتاباً ألف في العلم أكثر صواباً من موطأ مالك»[2].

ويقول أيضاً: «وددت لو أن الناس تعلموا هذا العلم ولم ينسب إلَيَّ شي منه، وأوجر عليه ولا يحمدونني»[3].

وعندما طلب الخليفة هارون الرشيد من الإمام مالك أن يلزم الناس بما في كتاب «الموطأ» وترك ما سواه من الأقوال المخالفة، قال الإمام مالك: «إذا خالف قولي قول صاحب هذه الحجرة، ويقصد رسول الله ﷺ فاضربوا به عرض الحائط»[4].

فما تفقه أولئك الأجلاء في الدين ليقال إنهم علماء ويشار إليهم بالبنان، وإنما تعلموا لينفعوا غيرهم، طلباً للأجر والثواب من الله ﷻ، فأصبحوا بذلك أطواداً في العلم ومنارات في الهدى.

وابن عبد السلام رَحِمَهُ ٱللَّهُ امتداد لأولئك العلماء الأخيار، ولذا نراه طالباً

---

(1) ينظر: التعريفات ص59.

(2) الاستذكار 1/ 23.

(3) الشافعي حياته وعصره ص24.

(4) ينظر: جامع بيان العلم وفضله 1/ 132.

للدليل، ولا يمنعه من الأخذ به إلا كونه ثابتاً صحيحاً، دون الالتفات إلى مذهب من استدل به، فأينما وجد الحق اتبعه، دون تعنت أو تشدد.

قال في كتاب الوكالة بعد أن بيّن أن قول الوصي أنه دفع لليتيم ماله غير مقبول إلا ببيّنة بالدفع: «قال الله ـ تعالى ـ بعد ذلك: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: 6] فلو كان قول الوصي مقبولاً في الدفع، لما احتيج إلى إقامة البينة، وجعل أهل المذهب هذه الآية أصلاً في كل من ادعى الدفع إلى غير اليد التي دفعت إليه، وهذا القدر من الاستدلال كافٍ إن لم يكن في المسألة خلاف؛ وإلا فلا يبعد تأويل الآية؛ ولكن مجرد الخلاف لا يوجب ترك إعمال ظاهر الدليل، وإنما يترك مقتضى الظاهر لمعارضة دليل راجح عليه»(1).

إن صفة الاعتدال، والأخذ بالقول الذي يؤيده الدليل القوي ـ وإن خالف أقوال أهل المذهب ـ نجدها واضحة جلية عند ابن عبد السلام في طيات شرحه لـ«مختصر ابن الحاجب»، ومن ذلك:

ترجيحه لقول الشافعي في أحد مسائل كتاب الإقرار حيث قال: «يعني: أن المرض مانع من صحة الإقرار في حق المريض إذا أقر لوارث يتهم عليه أو لأجنبي يتهم عليه أيضاً. . . . . . وقال الشافعي: يصح إقرار المريض مطلقاً. وقال أبو حنيفة: يبطل إقراره مطلقاً. والأصل ما قال الشافعي»(2).

وبعد أن جلب أقوال الأئمة في مسألة من مسائل كتاب الاستلحاق قال: «وركون النفس إلى مذهب الشافعي»(3).

وبعد أن جلب آراء المذاهب الأخرى وأدلتهم في إحدى مسائل كتاب العارية قال: «والنفس أميل إلى مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لأنه أسعد بالحديث في هذه المسألة»(4).

ومما يؤكد لنا اعتداله ونزاهته وموضوعيته أيضاً، قوله في كتاب الشفعة

---

(1) كتاب الوكالة ص143.
(2) كتاب الإقرار ص160.
(3) كتاب الاستلحاق ص218.
(4) كتاب العارية ص266.

عند حديثه عن تعدد الشفعاء واتفاق أنصبائهم: «وقول أبي حنيفة أقرب عندي، والله أعلم»[1].

وفي موضع آخر من كتاب الشفعة قال: «وقال الشافعي: هبة الثواب لا تجوز. وأجازها أبو حنيفة ولم يرَ فيها شفعة، وقوله هذا قول قوي جداً»[2].

إن هذه الشواهد على اعتداله وأخذه بالدليل، غيض من فيض، فشرحه مليء بمثل تلك المواقف التي تبين لنا مدى الاعتدال والموضوعية ورحابة الصدر والانفتاح على آراء الآخرين التي يتميز بها الشارح.

---

(1) كتاب الشفعة ص391.

(2) كتاب الشفعة ص416.

الخاتمة

وبعد هذه الدراسة الموجزة للكتاب، يمكننا تلخيص بعض النتائج التي أبانت عنها هذه الدراسة في النقاط التالية:

النتيجة الأولى:

إن الفقه المالكي وجد بتونس رعاية واهتماماً لم يجدهما في غيره من بلاد العالم الإسلامي، فظهر العديد من الفقهاء الأجلّاء الذين رحلوا إلى المشرق وأخذوا عن أعلام علماء المذهب المالكي، ثم عادوا إلى بلادهم حاملين معهم علماً وفيراً، وانكبوا على ما درسوه في المشرق شرحاً وتحليلاً وتعليقاً وتلخيصاً، فألفت الكتب وازدهرت الحياة الثقافية.

النتيجة الثانية:

إن اهتمام ولاة الدولة الحفصية وتشجيعهم للعلم وأهله ببناء المدارس وتزويدها بالمكتبات واستقدام العلماء من الشرق والغرب، كان له الأثر الواضح في بروز ثلة من العلماء في مختلف التخصصات ولا سيما في العلوم الإسلامية.

النتيجة الثالثة:

تمتع ابن عبد السلام الهواري بين أقرانه ببلده بمكانة مرموقة، تبرز في تقديم فتواه على فتاوى غيره، وتوليه العديد من الوظائف كالإمامة والخطابة والتدريس وقضاء الأنكحة وقضاء الجماعة، وهي مناصب لا تسند إلا لمن عرف بالفضل والعلم والشجاعة في قول الحق.

النتيجة الرابعة:

لم يكن ابن عبد السلام عند شرحه لمسائل المتن ناقلاً لأقوال الفقهاء

فحسب؛ بل كان مثالاً للفقيه المجتهد الممحص الذي يرجِّح بين الأقوال، مسخراً في ذلك كُلَّ ما تعلمه من صنوف العلم والمعرفة.

النتيجة الخامسة:

التزم ابن عبد السلام في شرحه بمنهجية علمية رصينة قد لا نجدها عند غيره من العلماء، فبيَّن الغامض من المسائل، وأعرض عن الواضح الجلي والمشهور، وابتعد عن التكرار في عرضها، فربط المسائل المتأخرة والمتقدمة وأحال عليها، واهتم بالمصطلحات والتعريفات، واعترض على صاحب المتن في بعض المواضع بروح علمية سامية، بعيداً عن التجريح والتشنيع.

النتيجة السادسة:

تميزت شخصية ابن عبد السلام بالوسطية والاعتدال في التعامل مع اجتهادات الفقهاء؛ دون تشدد أو غلو أو تعصب مذهبي، فرجَّح منها من كان دليله أقوى وحجته ظاهرة، وإن كان صاحب ذلك القول من خارج المذهب، أو مخالفاً لقول أبرز علماء المالكية.

النتيجة السابعة:

أثَّر ابن عبد السلام في جُلّ من جاء بعده من فقهاء المذهب المالكي، حيث اعتمد أغلبهم على كتابه «تنبيه الطالب» في التأليف والفتوى.

النتيجة الثامنة:

التزم ابن عبد السلام بالأمانة العلمية في كل ما نقله من الأقوال، فأحال إلى مصادرها، وبيَّن ـ أحياناً ـ ما نقله منها حرفياً وما اعتمد في نقله على حفظه وذاكرته.

وصف لنسخ المخطوط

النسخة الأولى:

نسخة مركز الجهاد الليبي، تحت رقم: (676) ورمزت لها بالرمز (ج).

خطها مغربي واضح.

تم تصوير الألواح المراد تحقيقها على الميكروفيلم، عددها (70) لوحة أي (140) صفحة.

وهي نسخة كثيرة السقط والتحريف والتصحيف، تنتهي كل صفحة منها بالتعقيبة.

المسطرة : (33) سطراً.

مقاسها: 20×14سم.

اسم الناسخ: مجهول.

تاريخ النسخ: د. ت.

النسخة الثانية:

نسخة الخزانة العامة بالرباط، تحمل رقم: (409) ورمزت لها (خ).

خطها مشرقي واضح.

تم تصوير الألواح المراد تحقيقها على الميكروفيلم، عددها (258) لوحة أي (516) صفحة.

تنتهي كل صفحة منها بالتعقيبة.

المسطرة: (22) سطراً.

المقاس: 15×9سم.

اسم الناسخ: مجهول.

تاريخ النسخ: د. ت.

النسخة الثالثة:

نسخة مكتبة القرويين بالمغرب، ورمزت لها بالرمز (ق).

خطها مغربي واضح.

تم تصوير الألواح المراد تحقيقها على الميكروفيلم، وعددها (67) لوحة أي (134) صفحة.

المسطرة: (35) سطراً.

المقاس: 23×5، 15سم.

اسم الناسخ: مجهول.

تاريخ النسخ: د. ت.



النَّصُّ المحقق



[كتاب الوكالة]

قال الجوهري[1]: يقال: وكّلته بأمر كذا توكيلاً، والاسم: الوَكالة والوِكالة. قال[2]: والوكيل معروف[3].

وقال القاضي[4] عياض[5]: الوكالة تكون بمعنى الحفظ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا﴾ [النساء: 170] وبمعنى الكفالة والضمان، قال الله تعالى: ﴿أَلَّا تَتَّخِذُواْ مِن دُونِي وَكِيلًا﴾ [الإسراء: 2][6] قيل: حافظاً، وقيل: كافياً.

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَٰمَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾ [البقرة: 218] وقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: 6] فإذا جازت النيابة عن اليتيم والتصرف

---

(1) هو أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، لغوي أديب، قرأ العربية على أبي علي الفارسي وأبي سعيد السيرافي، صاحب أول معجم مرتب على أساس أواخر الحروف، سماه «تاج اللغة وصحاح العربية»، وله كتاب آخر سماه «المقدمة في النحو»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (393هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 11/ 80، ومعجم المؤلفين 2/ 267.

(2) (قال): سقطت من «ج».

(3) الصحاح 5/ 1845.

(4) (القاضي): سقطت من «ق»، «خ».

(5) هو أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي السبتي المالكي، عالم المغرب وإمام أهل الحديث في عصره، برع في الفقه والحديث والتراجم. له عدة مؤلفات منها: «ترتيب المدارك»، وكتاب «التنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة والمختلطة»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (544هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 20/ 219، وشجرة النور ص140.

(6) قد سقطت الآية من «ج».

له بغير أمره[1]، فلأن تجوز عن البالغ الرشيد بأمره أولى.

ومن السنّة ما خرَّجه أبو داود[2] عن جابر[3] بن عبد الله[4] قال: «أردت الخروج إلى خيبر[5]، فأتيت رسول الله ﷺ فسلَّمت عليه وقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر. فقال: إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسَقاً[6]، فإن ابتغى منك آية[7]، فضع يدك على ترقوته»[8].

وخرَّج الترمذي[9] ....

---

(1) (أمره): سقطت من «ج».

(2) هو أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، أحد أئمة الحديث وحفاظه. له كتاب «السنن»، أحد الكتب الستة المعوَّل عليها في الحديث عند جمهور المسلمين، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (275هـ) بالبصرة. ينظر: سير أعلام النبلاء 13/ 221، وتهذيب التهذيب 12/ 390، وطبقات الحفاظ 13/ 217.

(3) هو جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري السلمي المدني، شهد العقبة مع السبعين من الأنصار، روى عنه أولاده وعطاء بن رباح وجماعة آخرون، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (78هـ). ينظر: مشاهير علماء الأمصار ص11، وتذكرة الحفاظ 1/ 43، وسير أعلام النبلاء 3/ 189، والإصابة 1/ 343.

(4) هو عبد الله بن عمرو بن ثعلبة الأنصاري السلمي، أحد النقباء ليلة العقبة، شهد بدراً وكان أول من استشهد يوم أُحد، فبكاه ابنه جابر بكاء شديداً فقال له النبي ﷺ: «ابكيه أو لا تبكيه ما زالت الملائكة تظلله بأجنحتها حتى رفعتموه». ينظر: طبقات ابن سعد 3/ 562، وصفة الصفوة 1/ 486، وسير أعلام النبلاء 1/ 324.

(5) خيبر: تعني باليهودية: الحصن، وهي موضع على بعد ثمانية بُرد من المدينة المنورة لمن يريد الشام. ينظر: معجم البلدان 2/ 409.

(6) الوَسق: مكيلة معلومة، وهو ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ. ينظر: لسان العرب 15/ 299، (وسق). والصاع أربعة أمداد من القمح؛ أي ما يعادل 135 كيلوجرام من القمح، وذلك أن وزن الصاع من القمح يساوي 2,250 جراماً، فيكون وزن الوسق 2,250×60= 135 كيلوجراماً.

(7) الآية: العلامة والدليل والبرهان، والجمع: آي، آياي، وآيات. ينظر: لسان العرب 14/ 61، (أيا).

(8) أخرجه أبو داود في سننه 3/ 314، باب في الوكالة، وسنده حسن. ينظر: تلخيص الحبير 3/ 51. والترقوة: العظم بين ثغر النحر والعاتق. النهاية في غريب الحديث 1/ 187.

(9) هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة السلمي البغوي الترمذي، أحد أئمة الحديث، =

عن عروة بن الجعد[1] قال: «دفع إليَّ النبي ﷺ ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ فذكرت له ما كان من أمري فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك. فكان بعد ذلك يخرج إلى كناسة الكوفة[2] فيربح الربح العظيم، وكان من أكثر أهل الكوفة مالاً»[3]. إلى غير هذا من الأحاديث.

وأجمع المسلمون على جواز الوكالة من حيث الجملة[4].

وأما قول المؤلف رَحِمَهُ اللهُ: ﴿ نِيَابَةٌ فِيمَا لا تَتَعَيَّن فِيه المُبَاشرةُ شَرعَاً ﴾.

فظاهره أنه سلك[5] به مسلك الرسوم على عادته في أوائل الكتب، فيكون قوله: نيابة. تُجرى مجرى الجنس[6]، وقوله: فيما لا تتعين فيه المباشرة شرعاً. جارياً مجرى الفصل[7]، والأقرب أنه لم يُرد هذا، وإنما أراد أن معنى الوكالة جليّ، وهي النيابة، لا[8] يحتاج إلى تفسير، أو يحتاج إلى تفسير اللفظ خاصة

= تتلمذ على البخاري وشاركه في بعض شيوخه. له عدة مصنفات منها: «الجامع الكبير في الحديث»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (279هـ) بترمذ. ينظر: تذكرة الحفاظ 2/ 633، وسير أعلام النبلاء 13/ 270، وتهذيب التهذيب 9/ 344.

(1) هو عروة بن الجعد بن أبي الجعد البارقي، صحابي ينسب إلى بارق، وهو جبل ينزله الأزد، سكن الكوفة، روى عنه الشعبي وسماك بن حرب وغيرهما، وكان ممن سيَّره عثمان إلى الشام. ينظر: مشاهير علماء الأمصار ص48، وتهذيب التهذيب 7/ 161.

(2) كناسة الكوفة: موضع الكوفة. ينظر: تحفة الأحوذي 4/ 393.

(3) أخرجه الترمذي في سننه 3/ 559، باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر في ذلك. وقال أبو عيسى: وقد ذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث وقالوا به، وهو قول أحمد وإسحاق، ولم يأخذ بعض أهل العلم بهذا الحديث منهم: الشافعي وسعيد بن زيد. وقال المنذري والنووي: إسناده صحيح. ينظر: تحفة الأحوذي 3/ 393.

(4) ينظر: التمهيد 2/ 108، والتفريع 2/ 315، والكافي 1/ 394، والمعونة ص1238.

(5) في «ج»: (يسلك).

(6) الجنس لغة: الضرب من كل شيء. وعند المنطقيين: كلي مقولي على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو من حيث هو كذلك. التعاريف 1/ 256.

(7) الفصل كلي يحمل على الشيء في جواب أي شيء وهو في جوهره كالناطق والحساس. التعريفات 1/ 214.

(8) في «ج»: (ولا).

لا إلى الحد والرسم، وإنما يحتاج إلى بيان محل الوكالة فيكون مقصوده الأهم من هذا الكلام بيان الأمور التي تصح فيها الوكالة وتمييزها[1] عمّا لا تصح فيه، واستتبع مع ذلك تغيير لفظ الوكالة بلفظ النيابة، إشارة منه إلى أنها لا تحتاج إلى حدٍّ[2] ولا إلى رسم[3]، فإن احتاج السامع مع هذا إلى زيادة بيان، فلا يحتاج إلّا إلى بيان لفظها خاصة، وفي الحقيقة لا يحتاج إلى شيء، وهذا هو الذي قدمنا عن الجوهري حيث قال: والوكيل معروف[4]. وقريب من هذا الذي قلنا[5] أنه مقصد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ[6] هنا هو مقصد القاضي عبد الوهاب[7] في «التلقين»[8]، وذلك أنه قال: كلُّ حق جازت فيه النيابة جازت الوكالة فيه؛ كالبيع والشراء والإجارة واقتضاء الديون وخصومة الخصم والتزويج والطلاق، فبيَّن حكم الوكالة أنه الجواز[9]، وبيَّن محال[10] الجواز، ولم يتعرض إلى تفسير الوكالة بحدٍّ ولا رسم، غير أن على كلام القاضي سؤالاً ليس هذا موضع ذكره.

---

(1) في «خ»: (وتميزها).

(2) الحد: هو قول دال على ماهية الشيء. التعريفات 1/ 112.

(3) الرسم هو التعريف وينقسم إلى نوعين:
رسم تام: وهو ما تركب من الجنس القريب والخاصة؛ كتعريف الإنسان بالحيوان الضاحك.
ورسم ناقص: وهو ما يكون بالخاصة وحدها، أو بها وبالجنس البعيد؛ كتعريف الإنسان بالجنس الضاحك، أو بأنه ماشٍ على قدميه. التعريفات 1/ 147، 148.

(4) ينظر: الصحاح ص71.

(5) في «خ»: (قلناه).

(6) سقط الدعاء بالرحمة للمؤلف من النسختين: «ق»، «ج» في أغلب المواضع.

(7) هو الإمام العلامة أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي. له عدة مؤلفات منها كتاب «التلقين»، وكتاب «الإشراف على مسائل الخلاف»، و«الإفادة في أصول الفقه»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ بمصر سنة (422هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص168، وسير أعلام النبلاء 17/ 430، والديباج 1/ 159.

(8) كتاب التلقين: كتاب في الفقه المالكي، للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي (ت422هـ)، وقد تم طبعه بالمكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1415هـ. ينظر: كشف الظنون 1/ 481.

(9) ينظر: التلقين 2/ 446، والمعونة ص1242.

(10) في «خ»: (محل).

قوله: ﴿ فتَجوزُ في الكفَالةِ[1]، والوَكالةِ، والحَوَالَةِ[2]، والجَعَالَةِ[3]، والنِّكاحِ، والطَّلاقِ، والخُلعِ[4]، والصُّلحِ[5] ﴾.

لمَّا قدَّم أنها تصح فيما لا تتعين فيه المباشرة، احتاج من أجل ذلك أن يبيِّن ما لا تتعين المباشرة فيه، فذكر من ذلك الكفالة؛ أي: يجوز أن يوكل من يتكفل عنه في حق وجب على الموكل، وكذلك يوكل من يطلب له من يتوكل عنه، ويوكل من يأخذ له ممَّن له عليه دين محالاً عليه، وهو ظاهر في الجعالة والنكاح[6].

ورُوي أن النبي ﷺ وكَّل عمرو بن أُمية[7] في عقد نكاح أم حبيبة[8] بنت أبي سفيان[9] وهي بالحبشة، ووكَّل أبا رافع[10] في عقد ميمونة بنت

(1) الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة. أنيس الفقهاء 1/ 222.
ويعبر عنها بألفاظ أخرى مرادفة لهذا اللفظ؛ كالحمالة والزعامة والضمان، ويقال للضامن: جميل وكفيل وزعيم. ينظر: القوانين الفقهية 1/ 213.

(2) الحوالة: هي نقل الحق من ذمة إلى ذمة. ينظر: شرح حدود ابن عرفة 2/ 423.

(3) الجعالة: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض لا يجب إلا بتمامه. شرح حدود ابن عرفة 2/ 229.

(4) الخلع: عقدُ مُعاوضة على البُضعِ تَملِكُ به المرأةُ نفسها ويملكُ به الزوج العِوض. شرح حدود ابن عرفة 1/ 275.

(5) الصلح: انتقالٌ عن حقّ أو دعوى بعوضٍ لرفع نزاعٍ أو خوف وقوعه. شرح حدود ابن عرفة 2/ 421.

(6) ينظر: التمهيد 3/ 152، والجواهر الثمينة 2/ 675.

(7) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله الضمري، من أصحاب رسول الله ﷺ غزا معه عدة غزوات، وروى عنه، بعثه الرسول رسولاً إلى النجاشي ملك الحبشة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ زمن معاوية. ينظر: طبقات ابن سعد 4/ 248، والاستيعاب 3/ 1162، وسير أعلام النبلاء 3/ 179، وتهذيب التهذيب 8/ 6.

(8) هي أم المؤمنين أم حبيبة رملة بنت أبي سفيان بن صخر بن حرب، زوج النبي عليه الصلاة والسلام، ليس في أزواج النبي من هي أقرب نسباً إليه منها، روت عن النبي ﷺ خمسة وستين حديثاً، توفيت ـ رحمها الله تعالى ـ سنة (44هـ). ينظر: الاستيعاب 4/ 1843، والإصابة 7/ 651، وتهذيب التهذيب 12/ 448.

(9) هو أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف، والد أم المؤمنين أم حبيبة، أسلم عام الفتح، شهد حنيناً والطائف، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ بالمدينة آخر خلافة عثمان سنة (31هـ). ينظر: معجم الصحابة 2/ 19، والاستيعاب 2/ 1677، والإصابة 3/ 412.

(10) هو أبو رافع أسلم القبطي، مولى رسول الله ﷺ شهد أُحداً والخندق، توفي ـ رحمه الله =

الحارث[1].

والطلاق والخلع حلٌّ العصمة، كما أن الإقالة حلٌّ البيع، وأما الصُّلح فعقد معاوضة.

قوله: ﴿ وفي العِبَادَاتِ المَالِيةِ كالزَّكاةِ ﴾.

هذا مما لا خلاف فيه أعلمه ـ أعني في دفع الزكاة ـ بل ذلك هو المستحب عند مالك[2]، ألَّا يتولى الإنسان دفع زكاته بنفسه للفقراء[3]، وينبغي أيضاً أن يجوز التوكيل على طلبها كما يجوز التوكيل على قبضها[4].

قوله: ﴿ وفي الحَجِّ خِلافٌ ﴾.

تقدم ذلك في كتاب الحج[5].

قوله: ﴿ وَلاَ تَجُوزُ في مِثْلِ يَمِينٍ، ولاَ ظِهَارٍ ﴾.

أما الوكالة على اليمين فلا يتأتى وقوعها؛ لأنها في صورة حلف الإنسان على صحة ما يعتقده، فإن كان جازماً بذلك فهو الحالف لا غيره، وإن كان غير جازم بما حلف عليه، كان عدم الجزم مانعاً له من اليمين ـ على ما تقدم

= تعالى ـ بالكوفة سنة (40هـ). ينظر: طبقات ابن سعد 4/ 73، ومشاهير علماء الأمصار 1/ 129، وسير أعلام النبلاء 2/ 16.

(1) ينظر: الموطأ 1/ 348، باب نكاح المحرم. وميمونة هي أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية، آخر امرأة تزوجها النبي ﷺ روت عنه ستة وسبعين حديثاً، توفيت ـ رحمها الله تعالى ـ قرب مكة سنة (51هـ). ينظر: طبقات ابن سعد 8/ 132، والاستيعاب 4/ 1914، والإصابة 8/ 126.

(2) هو أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، أحد الأئمة الأربعة، ولد بالمدينة المنورة، أخذ عن هرمز والزهري وربيعة الرأي وأبي الزناد، وتفقه به كثيرون منهم: ابن الماجشون ومطرف ومحمد بن إدريس الشافعي وابن القاسم وأشهب. وله مصنفات منها: «الموطأ»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (179هـ). ينظر: تذكرة الحفاظ 1/ 207، وطبقات الحفاظ 1/ 96، ومشاهير علماء الأمصار 1/ 140، وتهذيب التهذيب 5/ 10.

(3) إنما استحب التوكيل على إخراج الزكاة؛ عوناً على الإخلاص ودفعاً لخجل الفقير بالأخذ. ينظر: بداية المجتهد 2/ 253، والأمنية في إدراك النية 1/ 41.

(4) ينظر: التمهيد 3/ 152، والمعونة ص1238.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 276، والقوانين الفقهية 1/ 215.

في كتاب الأيمان ـ وهذا الكلام يدخل تحته الإيلاء[1] واللعان[2][3]. وأما الظهار[4] فالأقرب عندي أنه مثل الطلاق[5]؛ لأنه إذا قال الوكيل: زوجة فلان موكلي ـ على هذا ـ هي عليه كظهر أمه، فهو كقوله: امرأة موكلي طالق عليه، وذلك أن الظهار والطلاق إنشاء مجرد من الخبر لا يرِد عليه تصديق ولا تكذيب، فهو كالبيع والنكاح والإجارة وغير ذلك من العقود، وأما اليمين فمتضمنة الخبر عن فعل غير الموكل، ولا يدري الوكيل حقيقة ما يحلف عليه، والله أعلم.

ولا يعترض على المؤلف رحمه الله بما وقع في المذهب من انعقاد يمين من سمع رجلاً يحلف فقال له: وأنا مثلك. فإن هذا ليس من الوكالة في شيء.

قوله: ﴿وتَجُوزُ في الإِقْرَارِ وَالإِنْكَارِ﴾.

لا خلاف أعلمه في ذلك من حيث الجملة[6]، وإنما الخلاف في جزئيات مسائل هذا الفصل[7]، واختلف العلماء في الوكالة على الخصومة، هل تستلزم الوكالة على الإقرار؟ ومذهب مالك والشافعي[8] وابن أبي ليلى[9]

---

(1) الإيلاء في اللغة: الحلف والقسم. وشرعاً: حلف الزوج المكلف القادر على الوطء عادة، على ترك وطء زوجته مدة تزيد على أربعة أشهر، لقصد الإضرار. ينظر: لسان العرب 14/ 41، (ألا)، وشرح حدود ابن عرفة 1/ 291.

(2) اللعان شرعاً: حَلِفُ الزوجِ على زنا زوجتِهِ أو نفي حمْلِها اللازم له، وحَلِفُهَا على تكذيبه إن أوجب نكُولَها حَدَّهَا بِحُكمِ قاضٍ. شرح حدود ابن عرفة 1/ 301.

(3) ينظر: الذخيرة 8/ 7، والجواهر الثمينة 2/ 676، والتاج والإكليل 5/ 190.

(4) الظهار: هو تشبيه الرجل زوجته، أو ما عبر به عنها، أو جزء شائع منها، بعضو يحرم نظره إليه من أعضاء محارمه نسباً أو رضاعاً كأمه وابنته وأخته. التعريفات 1/ 494.

(5) ينظر: التوضيح 5/ 144.

(6) ينظر: الكافي 1/ 394، والجواهر الثمينة 2/ 676.

(7) (هذا الفصل): سقطت من «ج».

(8) هذا الإمام محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي، أحد الأئمة الأربعة، وهو أول من دوَّن علم الأصول ورتب مسائله في كتابه المشهور «الرسالة». وله عدة مؤلفات أخرى من أبرزها: كتاب «الأم» في الفقه، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (204هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص60، وسير أعلام النبلاء 10/ 5.

(9) هو أبو عبد الرحمن محمد بن أبي ليلى الأنصاري، تفقه بالشعبي والحكم وابن عيينة، =

أن الوكالة على الخصام لا تستلزم الوكالة على الإقرار، وأنه إن أقر عنه لا يلزمه ما أقر به[1]. وذهب أبو حنيفة[2] إلى أنه يلزمه إقراره[3] إذا كان في مجلس الحكومة[4]، وبه قال محمد بن الحسن[5]. وذهب أبو يوسف[6] إلى أنه لا يلزمه إقراره، سواء كان في مجلس الحكومة أو لم يكن[7]. والأصل ما قاله مالك والشافعي ﵄ ولكن الخصومة لا تتم إلا بالإقرار والإنكار، فالوكالة عليها وكالة على ما هو من تمامها، ولذلك قال غير واحد من الأندلسيين وغيرهم ـ وكلهم من أهل المذهب ـ: إن من حق الخصم ألّا يخاصم وكيل خصمه حتى يجعل له الإقرار في وكالة الخصام. قال القاضي[8] ابن رشد[9]: «نزلت وقضى فيها بأن لا تقبل إلّا أن يحضر مع

= ولي القضاء بالكوفة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (148هـ). ينظر: طبقات الشيرازي 1/ 85، وسير أعلام النبلاء 4/ 262.

(1) ينظر: الكافي 1/ 394، وبداية المجتهد 2/ 226، والذخيرة 8/ 6، والحاوي الكبير 6/ 531.

(2) هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت التيمي الكوفي، الفقيه المجتهد، أحد الأئمة الأربعة، له مناقب وفضائل لا تُحصى، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (150هـ) ببغداد. ينظر: طبقات الشيرازي ص86، وسير أعلام النبلاء 6/ 390.

(3) في «ج»: (ما أقر به).

(4) ينظر: بدائع الصنائع 6/ 22، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 69، وإيثار الإنصاف 1/ 385.

(5) هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني الحنفي، إمام بالفقه والأصول، سمع من أبي حنيفة وصار من فقهاء المذهب الحنفي. له مؤلفات عدة منها: «الجامع الصغير»، و«الحجة»، و«الكسب»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (189هـ). ينظر: تهذيب الأسماء واللغات 1/ 80، وطبقات الحنفية 1/ 42.

(6) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حميد الأنصاري، كان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي، أخذ الفقه عن محمد بن عبد الرحمٰن بن أبي ليلى ثم عن أبي حنيفة وولي القضاء لهارون الرشيد. من مؤلفاته: «الأمالي في الفقه»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (180هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص141، سير أعلام النبلاء 8/ 535.

(7) ينظر: بدائع الصنائع 6/ 22، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 69.

(8) (القاضي): سقطت من «خ».

(9) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي المالكي، قاضي الجماعة =

وكيله، أو يكون في وقت الحكم قريباً من مجلس القاضي»[1]. هذا في الوكالة على الإقرار مطلقاً من غير تعيين، فلو قال الموكل لوكيله: أُقِرّ عني لفلان بألف درهم. فقد اختلف أصحاب الشافعي[2]، هل يكون ذلك إقرار من الموكل بالألف لفلان؟ ومال [3] المازري[4] إلى أنه إقرار[5]، واستشهد على ذلك بما لأصبغ[6] في «العتبية»[7]، فيمن وكَّل رجلاً على خصام رجل في شيء، فإن إقرار الوكيل لا يلزم الموكل. قال: «ولو أشهد أنه جعله في الإقرار عنه كنفسه، فإن إقرار الوكيل يلزمه»[8]. وليس في ذلك كبير شاهد، قال بعض الشيوخ في وكيل الخصومة يجعل له الإقرار في وكالته فإنه لا

= بقرطبة. له مؤلفات عدة منها: «المقدمات الممهدات لأوائل كتب المدونة»، و«البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (520هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 19/ 501، والديباج 1/ 278، وتاريخ قضاة الأندلس ص98.

(1) البيان والتحصيل 8/ 238.

(2) ينظر: روضة الطالبين 4/ 292، ومغني المحتاج 2/ 221.

(3) في «خ»: (وقال).

(4) هو أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري، اشتهر بالإمام حتى صار لقباً له عند المالكية، نبغ في الفقه والأصول. من مؤلفاته: كتاب «المعلم بفوائد مسلم»، وكتاب «إيضاح المحصول من برهان الأصول»، وكتاب «شرح التلقين»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (536هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 20/ 104، والديباج 1/ 279.

(5) ينظر: الذخيرة 8/ 7، والتاج والإكليل 5/ 189.

(6) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع القرشي الأموي، الإمام الثقة المحدث أحد أصحاب الإمام مالك بن أنس، تفقه بابن القاسم وابن وهب وأشهب. ألّف «تفسير غريب الموطأ»، و«آداب الصيام»، و«الرد على أهل الأهواء»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (225هـ) بمصر. ينظر: طبقات الشيرازي ص158، وسير أعلام النبلاء 10/ 656، والديباج 1/ 97.

(7) العتبية: هي الكتاب المسمى بـ«المستخرجة» لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتبي القرطبي (ت255هـ)، اهتم بها أهل الأندلس واعتمدوا عليها، شرحها وحقق رواياتها القاضي ابن رشد في كتابه «البيان والتحصيل». ينظر: كشف الظنون 2/ 1124، وأبجد العلوم 2/ 412.

(8) البيان والتحصيل 8/ 237.

يتعدى ذلك[1] القضية التي هو يخاصم بسببها[2]. وهذا الذي ذكرنا هنا عن المذهب هو المعروف فيه. وقال ابن عبد البر[3]: «جرى العمل عندنا على أنه إذا جعل الموكل إلى وكيله الإقرار لزمه ما أقر به عند القاضي. قال: وزعم ابن خويز منداد[4] أن تحصيل مذهب مالك رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يلزمه إقراره، وهذا في غير المفوَّض إليه. قال: وقد اتفق الفقهاء فيمن قال: ما أقر به عليَّ فلان فهو لازم لي. أنه لا[5] يلزمه»[6].

قوله: ﴿وَالْمُعتَبَرُ الصِّيغَةُ وَمَا يَقومُ مَقامُها﴾.

يعني: أن الوكالة مفتقرة إلى ما تفتقر إليه جميع[7] العقود من الصيغ الدالة على مقتضى ذلك العقد كقوله: وكلتك، أو جعلتك نائباً عنّي، إما مطلقاً، وإما في شيءٍ مخصوص، وما أشبه هذه الألفاظ، أو ما يقوم مقام ذلك، وكالإشارة في حق الأخرس[8].

قوله: ﴿فَإِنْ تَرَاخَى القَبُولُ فَقُولاَنِ، تَخْرِيجاً عَلَى قَولِهِ لِلْمَرْأَةِ[9] اختَارِي﴾.

لا شك أن الوكيل إن قبل الوكالة بالقرب أو ردّها، صح قبوله لها

---

(1) في «خ»: (ذلك إلى).
(2) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 190.
(3) هو أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، فقيه محدث. له عدة مصنفات منها: «التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد»، و«الكافي»، و«الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (463هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 18/ 153، والديباج 1/ 357.
(4) هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد، تفقه بالأبهري. له كتاب كبير في الخلاف، وآخر في أصول الفقه، وقد خالف مالك في بعض المسائل، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (390هـ). ينظر: الديباج 1/ 268.
(5) في «ج»: (أنه يلزمه).
(6) الكافي 1/ 395، والتاج والإكليل 5/ 189.
(7) (جميع): سقطت من «ج».
(8) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 678، والتاج والإكليل 5/ 190، ومواهب الجليل 5/ 190.
(9) (للمرأة): سقط من «ج».

وردها، وإن لم يقبلها بعد علمه ولم يردها حتى طال الزمان، ثم أحبّ قبولها، فقال المازري: «إنه قد يتخرج الحكم عنده في ذلك على القولين[1] في قول الرجل لامرأته: اختاري، أو أمرك بيدك. هل يبقى ذلك بيدها وإن قامت من المجلس[2]؟ قال: وقد قال بعض أشياخي من الفقهاء: إن هذا الاختلاف ـ يعني القولين في التخيير والتمليك ـ ينبني على خلاف الأصوليين في الأمر، هل هو على الفور أو على التراخي[3]؟ قال: فذكرت ذلك لإمامي في الأصول، فلم يتلقه بالقبول، وقال: أولى من هذا أن يقال: إنه يُجرى على خلاف أهل الأصول في المعاني. قال المازري: والتحقيق في هذا يرجع إلى اعتبار المقصود والعوائد، هل المراد بهذه الألفاظ استدعاء الجواب بداراً[4] فإن تأخر فإن المخاطب يسقط حكم خطابه، أو المراد استدعاء الجواب معجلاً أو مؤخراً؟»[5].

قلت: قد يقال: إن الفرق[6] بين الوكالة وبين التخيير والتمليك: أن الوكالة التي ليست بعوض غير لازمة من جانب الموكل، والتخيير والتمليك لازمان من جانب الزوج، وعلى هذا فلا ضرر على الموكل في بقاء الخيار للوكيل بعد افتراقهما وإن طال الزمان؛ لأن الموكل إن رأى ذلك مصلحة في حقه أبقاه، وإلا عزل الوكيل، وأما الزوج فعليه ضرر في بقاء الخيار بيد المرأة بعد افتراقهما، فلذلك تقيَّد خيارها بالقرب، وسقط[7] بطول المجلس أو افتراقهما في أحد القولين[8].

---

(1) في «ق»، «خ»: (قولين).

(2) قال الإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «من قال لامرأته: أمرك بيدك متى ما شئت أو إلى سنة أو إلى شهر، فأمرها بيدها إلى ذلك الأجل؛ إلا أن توقف قبل ذلك فتقضي أو ترد، أو يطؤها قبل ذلك فيبطل الذي كان في يدها من ذلك الوطء، إذا أمكنته، ولا يكون لها أن تقضي بعد ذلك». المدونة 5/ 342.

(3) ينظر: الفصول في الأصول 2/ 103، والبرهان في أصول الفقه 1/ 169.

(4) في «ج»: (بذلك). وبداراً أي عاجلاً. ينظر: لسان العرب 4/ 48، (بدر).

(5) الجواهر الثمينة 2/ 676.

(6) م ث: قال خليل: وهذا الفرق إنما يتم في الوكالة التي ليست بعوض، وأما التي بعوض للزومها، وعلى هذا فلعل المازري لما رأى أن الغالب في الوكالة أن تكون بعوض لم يلتفت إلى الفرق المذكور. [5/ 145]

(7) في «خ»: (يسقط).

(8) ينظر: التمهيد 3/ 35، والكافي 1/ 273.

قوله: ﴿الْمُوَكَّلُ فِيهِ شَرطُهُ: أَنْ يَكُونَ مَعْلُوماً بِالنَّصِّ أو القَرِينَةِ أو العَادَةِ﴾.

يعني: أن أنواع الوكالة لما كانت متعددة في العرف كالتفويض وغيرها، وكان أيضاً الوكيل المخصوص إذا تصرف في غير ما أذن له التصرف فيه كان متعدياً، احتيج من أجل ذلك إلى بيان ما وُكِّل عليه؛ لكن طريق بيان ذلك ليست بمقصورة على تنصيص الموكل؛ بل يرجع في بيان ذلك إلى القرائن اللفظية وغيرها، وإلى العادة ـ وهذا ظاهر ـ لأن المقصود إنما هو موافقة الموكل وتمشية اختياره.

قوله: ﴿فَلو قال: وكَّلتُكَ لَمْ يُفِدْ حَتَّى يُقَيِّدَ بالتفويضِ أوْ بأمْرٍ﴾.

لمَّا قدَّم أن شرط الموكل فيه أن يكون معلوماً، وهذا الشرط لم يحصل في قول الموكل: وكلتك. لزم عليه عدم إفادة هذا الكلام؛ إلا أن يعلم تقييده بقرينة أو عادة[1]، ولأجل سببية الكلام الأول في الثاني، أدخل المؤلف رَحِمَهُ اللهُ الفاء في قوله: فلو قال: وكلتك. وفي كلامه حذف صفة لأمرٍ؛ أي: بأمرٍ مخصوص؛ لأن التقييد يكون بالتفويض وبغيره[2]، وهو في غير التفويض أظهر منه في التفويض، ولذلك ـ والله سبحانه أعلم ـ حذف المؤلف الصفة؛ لحصول العلم بها. واتفق مالك والشافعي على عدم إفادة الوكالة المطلقة، واختلفا في الوصية المطلقة، فقال الشافعي: هي مثل الوكالة المطلقة[3]. وقال مالك[4]: الوصية المطلقة صحيحة، ويكون للوصي أن يتصرف لليتيم في كل شيء كوكالة[5] التفويض[6]. ولعل الفرق بينهما قرينة الموت، فإن اليتيم محتاج لأَنْ يُتصرَّف له في كل شيء، فإذا لم يوص عليه أبوه غير هذا الوصي ولم يستثن عليه شيئاً، والسبب الذي لأجله أوصى عليه وهو الحاجة إلى النظر

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 676، والذخيرة 8/ 7، والتاج والإكليل 5/ 191.

(2) في «ق»: (وغيره).

(3) ينظر: الأم 4/ 112، والمهذب 1/ 350، وروضة الطالبين 6/ 105.

(4) في «ق»: (المالكية).

(5) في «خ»: (بوكالة).

(6) ينظر: بداية المجتهد 2/ 227.

عام[1]، وجب عموم المسبب أولاً، كذلك الوكالة فإن الموكل قادر على التصرف في كل شيء ممَّا له التصرف فيه ولا بد له من أمر يستبد به عادة، فاحتيج من أجل ذلك إلى تقييد الوكالة بالتفويض أو بغيره، وقد ذكرت هنا فروقاً ليست بالبينة.

قوله: ﴿ فَلَو قال: بِمَالِي[2] مِنْ قَلِيلٍ أو كَثيرٍ. مَضَى فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ إِذَا كَانَ نَظَراً؛ إِلاَّ أَنْ يَقُولَ: نظراً أَو غَيرَ نَظَرٍ ﴾.

تذكر[3] المؤلف رحمه الله الآن أن إطلاق التوكيل لا يفيد حتى يقيد بالتفويض أو بأمر، وهذا الفرع الذي ذكر هنا هو مثال التفويض، وشرط فيه المؤلف رحمه الله وغيره أن يكون تصرفه على وجه النظر؛ إلا أن يزيد في التعميم فيقول: نظراً أو غير نظر. و(أو) هذه هي[4] التي للإباحة، وبها يتم تعميم هذه الوكالة، وقد جرى عمل الناس عندنا في هذا الوقت[5] في هذه الجهات، أنه يتصرف الوكيل المفوض إليه في كل شيء مع وجود هذا القيد[6] الذي ذكره المؤلف رحمه الله إلا في بيع دار سكنى موكله وطلاق زوجته[7]. قال بعض كبار الأندلسيين: إذا ابتدئت الوكالة خاصة، ثم عقبت بالأوصاف العامة، لم تتعد الوجه الذي ابتدأت عليه، وتكون تلك الأوصاف العامة راجعة إلى أحوال ذلك الخاص الذي ذكره أولاً.

قلت: قال لي بعض أشياخي: ولا يدخل ذلك خلاف الأصوليين في العموم إذا جرى على سبب، هل يقتصر على ذلك السبب أو لا[8]؟. وفيما قاله نظر.

---

(1) في «خ»: (العام).

(2) في «ق»: (بِمَا إِليَّ).

(3) في «ق»، «ج»: (قد ذكر).

(4) (هي): سقطت من «خ».

(5) (في هذا الوقت): سقط من «ج».

(6) في «خ»: (التقييد).

(7) ينظر: التاج والإكليل 5/ 191.

(8) ينظر: المحصول 3/ 189، والموافقات 3/ 284.

قوله: ﴿ فَلَو قَالَ: وكَّلتُك فِي كَذَا تَقَيَّدَ بِهِ ﴾.

هذا هو النوع الثاني من نوعي الوكالة المقيدة التي أشار إليها المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ قريباً، وهو مراده هناك **بقوله: (أو بأمر)**. فإذا قيدها الموكل ببيع أو شراء أو غير ذلك، لم يكن للوكيل أن يتعدى ذلك القيد، ولا خلاف فيه[1]، وسيأتي تمام هذا المعنى.

قوله: ﴿ وَلَوْ وَكَّلَهُ فِي الإِبْرَاءِ، جَازَ مَعَ جَهلِ الثَّلاثَةِ بِمَبْلَغِ الدَّينِ ﴾.

مراده بالثلاثة: الوكيل والموكل والذي عليه الدين[2]، والألف واللام للعهد لتقدم[3] ذكر الوكيل والموكل، ودلالة اللفظ عليهما فيما تقدم مطابقة[4]، ودلالة لفظ الإبراء على الذي عليه الدين أو غيره من المطالب التزاماً[5]، وإنما ذكر المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ هنا هذا الفرع لِئَلا يتوهم أنه غير داخل في كلامه المتقدم؛ لأن الإبراء غالباً يستلزم إسقاط حقٍ مّا[6] إن كان عن غير عوض أو عن عوض دون؛ لكن الموكل لمَّا وكَّل على هذا المعنى، صح من الوكيل أن يفعله، وكذلك يصح[7] للوكيل فعله بمقتضى وكالة التفويض المتقدمة وفي بعض الوكالات الخاصة، والمعنى الذي أوجب ذكر هذا الفرع هنا حقيقة هو جهل الوكيل وحده، لا جهل الموكل والذي عليه الدين بمقدار ما وقع فيه من الإبراء، فإن ذلك لا تعلق له بكتاب[8] الوكالة وإن كان سائغاً[9]. قال في أواخر كتاب الصلح من «المدونة»[10]: وإن كان لك على

(1) (القيد ولا خلاف فيه): سقط من «ج»، ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 677، والتاج والإكليل 5/ 194.
(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 677.
(3) (لتقدم): سقطت من «ج».
(4) دلالة المطابقة: هي دلالة اللفظ في محل النطق على حكم المذكور. التقرير والتحبير 1/ 145.
(5) في «خ»: (إلزاماً).
(6) (ما): سقطت من «خ».
(7) (يصح): سقطت من «خ».
(8) (بكتاب): سقطت من «ج».
(9) (وإن كان سائغاً): سقط من «ج».
(10) المدونة لأبي سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي الملقب بسحنون =

رجل ألف[1] درهم نسيتما مبلغهما، جاز أن تصطلحا على ما شئتما، ومغمز[2] التقية[3] فيه واحد[4]. هذا معنى ما ذكره هناك ونقلته من حفظي.

قوله: ﴿ وَمُخَصَّصَاتُ المُوَكِّلِ مُتَعَيِّنَةٌ، كَالمُشتَرِي وَالسُّوقِ وَالزَّمَانِ ﴾.

يعني: أنه يتعين على الوكيل مساعدة الموكل وموافقته في محال التصرف، سواء كان ذلك المحل قابضاً لما يخرج من يد[5] ذلك الوكيل، كقوله له: بع هذه السلعة من فلان بعشرة ولا تبعها لغيره ولو بأكثر من عشرة. أو قال له: بِعها في شهر كذا. فلا يبيعها الوكيل قبل ذلك الشهر ولا بعده بأكثر من عشرة أيضاً، وكذلك إذا قال: بِعها في شهر كذا في سوق كذا. فلا يبيعها في غيره[6]، وإنما تظهر لهذا التخصيص ثمرة عادة في الوجه الأول من المخصصات الثلاثة لا في الثاني والثالث منها، وفي مثل هذين الوجهين يقال في عقود المعاوضات: شرط ما لا يفيد؛ لكنَّ ذلك المعنى لا يجري في هذا الموضع والله أعلم.

وليس منه مسألة الشيخ ابن أبي زيد[7] والشيخ[8] ....

= (ت240هـ)، وهي المعتبرة أصل علم المالكيين، والمُقدَّمة على غيرها من الدواوين بعد «الموطأ»، ويُروى أنه ما بعد كتاب الله أصح من موطأ مالك ولا بعد الموطأ ديوان في الفقه أفيد من «المدونة»، اعتنى بها أهل المغرب فشرحوها وعلقوا عليها في العديد من المؤلفات. ينظر: كشف الظنون 2/ 644، وأبجد العلوم 2/ 412، وتاريخ التراث العربي 2/ 139 ـ 143.

(1) (ألف): سقطت من «ق»، «ج».

(2) الغَمِيزة: العَيْب. وليس في فلان غَمِيزة ولا غَمِيزٌ ولا مَغْمَزٌ؛ أي: ما فيه ما يُغْمَزُ فيُعاب به ولا مَطْعَنٌ. لسان العرب 5/ 390، (غمز).

(3) في «خ»: (التبقية).

(4) ينظر: المدونة 11/ 384.

(5) (يد): سقطت من «خ».

(6) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 684، والقوانين الفقهية ص216، والتاج والإكليل 5/ 196. (ومن قوله: الوكيل قبل... في غيره): سقطت من «ج».

(7) هو أبو محمد بن أبي زيد عبد الرحمٰن النفزي القيرواني المالكي، عالم أهل المغرب، المعروف بمالك الصغير. له عدة مصنفات منها: «الرسالة الفقهية»، و«النوادر والزيادات»، وغيرهما من الكتب، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (386هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص163، وسير أعلام النبلاء 17/ 10، والديباج 1/ 136.

(8) (الشيخ): سقطت من «ق»، «ج».

ابن اللباد[1]، التي يذكرها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بعد هذا.

فإن قلت: هل إطلاق المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ لفظ التخصيص[2] في هذا الموضع كإطلاقه فيما تقدم لفظ التقييد[3]، فيكون التقييد والتخصيص عنده مترادفين، كما يقع ذلك في عبارة بعض الفقهاء والموثقين وغيرهم ممَّن لا يلتزم اصطلاح الأصوليين، أو كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا بالتخصيص مقصود، وعلى هذا التقدير فما معنى ذلك؟

قلت: الظن بالمؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يخالف في هذا الموضع ولا في أكثر المواضع اصطلاح الأصوليين؛ لتقدمه في ذلك الفن، وإن وُجِد له في هذا الكتاب مواضع يسيرة سلك فيها مسلك من ذكرناه من الفقهاء وغيرهم، فالسبب الذي أتى لأجله بلفظ المخصصات في هذا الموضع، واستغنى به عن ذكر التقييد هو: أن التخصيص مما يعرض للعام[4] فيخرج بعض صوره، كما أن التقييد مما يعرض للمطلق[5] فيُخرج ما عدا محل التقييد ممَّا كان المطلق صالحاً له، ودلالة العام على مفرداته أقوى من دلالة المطلق على ما هو قابل له؛ لأن الأول شمولي والثاني صلاحي[6]، فإذا أثر التخصيص في رفع دلالة العام في قوتها، فأحرى التقييد في دلالة المطلق مع ضعفها.

قوله: ﴿فَإِنْ خَالَفَ فَالْخَيَارُ لِلْمُوكِّلِ؛ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ رَبَوِيّاً[7]

---

(1) في «ق»، «ج»: (ابن التبان). وهو خطأ. وابن اللباد هو أبو بكر محمد بن أحمد بن وشاح بن اللباد، قيرواني الأصل، تفقه بيحيى بن عمر وغيره. من مؤلفاته في الفقه كتاب «كشف الرواق عن الصروف الجامعة للأواق»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (333هـ). ينظر: الديباج 1/ 249، وتاريخ التراث العربي 2/ 151.

(2) التخصيص: هو قصر العام على بعض أفراده. ينظر: إرشاد الفحول 1/ 113.

(3) المقيد: هو ما دل على وصف مدلوله المطلق بصفة زائدة. الإحكام للآمدي 2/ 162، وإرشاد الفحول 1/ 279.

(4) العام: هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بلا حصر. ينظر: إرشاد الفحول 1/ 113، وغاية الوصول شرح لب الأصول ص69.

(5) المطلق: هو ما دل على مدلول شائع في جنسه. الإحكام للآمدي 2/ 162، وإرشاد الفحول 1/ 278.

(6) في «ج»: (صالحي).

(7) (ربوياً): سقطت من «ج».

بِرَبَوِيٍّ[1] فَفِي إِمضَائِهِ بِرِضَاهُ: قَولاَنِ﴾.

يعني: فإن[2] تصرف الوكيل على غير الوجه الذي جُعِل له، فتعدى محل التخصيص أو التقييد فالخيار للموكل[3]، إما أن يجيز فعله ويصير تصرفه حينئذ كتصرف الوكيل فيما أذن له فيه، وإما أن يَرُد فعله، وذلك أن الوكيل كالأجنبي في الوجه الذي لم يؤذن له فيه، فيصير بيعه في ذلك المحل أو شراؤه كبيع الفضولي[4]، وقد تقدم مقتضى المذهب فيه[5]، وللحنفية خلاف في هذا الفصل مشهور[6]. ثم استثنى المؤلف رَحِمَهُ اللهُ من هذا الحكم ما إذا كان محل المخالفة ربوياً، وذكر فيه قولين[7]:

أحدهما: أن الحكم في الربوي مثله في غير الربوي، وهو الذي تقتضيه فروع ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ[8].

والثاني: أن الربوي مخالف لغير الربوي[9]، ولا بد من الربوي من الفسخ، لما تقدم من أن المبيعات الربوية لا يدخلها الخيار، وهذا قول معروف في المذهب[10]، وربما اقتضته مسائل ابن القاسم وكلام ابن المواز[11].

---

(1) (بربوي): سقطت من «ق»، «ج».

(2) (فإن): سقطت من «ق»، «خ».

(3) ينظر: التفريع 2/ 318، والجواهر الثمينة 2/ 684.

(4) بيع الفضولي: هو أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي صاحب المال بالبيع أمضاه، وإن لم يرض فسخه. ينظر: القاموس الفقهي ص287.

(5) ينظر: الذخيرة 8/ 13، والقوانين الفقهية ص163.

(6) ينظر: بدائع الصنائع 5/ 147، والمبسوط للسرخسي 22/ 26.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 684.

(8) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري، فقيه مالكي معروف، صحب الإمام مالك عشرين سنة وروى عنه، وأخذ عنه جماعة؛ كأصبغ وسحنون ومحمد بن عبد الحكم، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (191هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص155، وسير أعلام النبلاء 9/ 120، والديباج 1/ 465.

(9) (وهو الذي..... لغير الربوي): سقطت من «ج».

(10) ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 385.

(11) هو أبو عبد الله محمد بن زياد الإسكندراني، المعروف بابن المواز، فقيه مالكي. له مصنف في الفقه يعرف بـ«الموازية»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (269هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص159، وسير أعلام النبلاء 13/ 6، والديباج 1/ 232.

وصرح[1] أشهب[2] في بعض المسائل أنه القياس، غير أنه استحسن مقتضى القول الأول، وهذا هو الأول يعبر عنه غير واحد من الشيوخ بالخيار الحكمي[3]. وقد صرَّح بعضهم أن المشهور من المذهب أنه لا ينافي الربوي، بخلاف الخيار الشرطي[4]. واعلم أن مراد المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ من الربوي هنا، ما هو أعم من كل واحد من ربا الفضل[5] وربا النَّساء[6]، وقد علمت في غير هذا الموضع أن كل ما امتنع فيه التفاضل امتنع فيه النَّساء بخلاف العكس، والكلام في هذا يتسع، ولخصوصيات المسائل أبحاث بعيدة الغور، والمتكفل بذلك «المدونة»، ففي كتاب السلم الثاني منها الشفاء. وقد أشار في كتاب الصرف وغيره من «المدونة»[7] إلى شيء من ذلك، والتشاغل بذلك هنا كالأجنبي عن كلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قوله: ﴿ فَإِنْ زَادَ الثَّمَنُ فِي الْبَيعِ أَو نَقَصَ فِي الشِّرَاءِ فَلاَ كَلاَمَ ﴾.

يعني: فإن وقعت مخالفة الوكيل لما أمره به الموكل في اللفظ خاصة لا في المعنى، كما لو أمره أن يبيع له ثوباً أو فرساً بعشرة فباع بخمسة عشر، أو أمره أن يشتري له[8] بعشرة فاشترى له بثمانية[9]، فلا شك أن الموكل يرغب

---

(1) في «ج»: (وخرج).

(2) هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي، فقيه مالكي، تفقه بمالك والمدنيين والمصريين، وانتهت إليه رئاسة المذهب بمصر بعد ابن القاسم، خرج عنه أصحاب السنن، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (204هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص155، وسير أعلام النبلاء 9/ 500، والديباج 1/ 98، وتهذيب التهذيب 1/ 359.

(3) الخيار الحكمي: وهو ما كان موجبه نقصاً في المبيع من عيب أو استحقاق، ويسمى خيار العيب، ويقال له: خيار النقيصة. ينظر: القاموس الفقهي ص126.

(4) ينظر: الذخيرة 8/ 14.

(5) ربا الفضل: هو استبدال شيء ربوي بجنسه متفاضلاً؛ كبيع دينار بدينارين، أو صاع بصاعين. ينظر القاموس الفقهي ص143.

(6) ربا النَّساء: هو الزيادة المأخوذة نظير الدين المستحق. ينظر: القاموس الفقهي ص144.

(7) ينظر: المدونة 6/ 468.

(8) (له): سقطت من «ق»، «ج».

(9) في «ج»: (بثلاثة).

في هذا المعنى ـ وإن وقعت المخالفة ـ فيمضي البيع والشراء، سواء قلنا: إن شرط ما لا يُفيد يلزم الوفاء به أو لا[1].

قوله: ﴿ ويُغتَفَرُ اليَسِيرُ فِي الْعَكْسِ ﴾.

يعني: إذا سمَّى الموكل لوكيله ما يبيع به أو يشتري من الثمن وعيَّن قدره، فإن نقص الوكيل في ثمن المبيع أو زاد في ثمن ما اشتراه ـ وهذا هو مراده بالعكس ـ فإن كان ما وقعت فيه المخالفة بالنقص أو الزيادة يسيراً، لزم ذلك الموكل؛ للحاجة إلى هذا القدر حين البيع والشراء، إذ لا يكاد يوجد القدر الذي سماه الموكل[2]. ومال بعض الشيوخ عند عدم تحقق هذا المعنى عادة إلى مذهب الشافعية: أنه لا يزيد الوكيل ولا ينقص، كثيراً كان ذلك أو يسيراً، بخلاف الكثير في الوجهين؛ لأنه خروج عن مقصد الموكل وعن لفظه معاً[3]. وحيث ألزمنا الموكل ما خالف فيه الوكيل لفظه، فإن ضمان السلعة المشتراة من الموكل، كما لو قال[4] له: اشتر لي سلعة كذا بعشرة، فاشتراها بعشرة ونصف، وضاعت تلك السلعة بعد قبض الوكيل لها أو قبله، قاله في «المدونة»[5]. وهل يكون قول الوكيل مقبولاً في دفعه تلك الزيادة من غير بينة يقيمها على الدفع لبائع السلعة ويحلف؟ هذا مما تردد فيه الشيخ أبو إسحاق[6][7]، وخرَّجه بعضهم على الخلاف المشهور فيمن أخرج من ذمته إلى

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 684، والتمهيد 2/ 108، والذخيرة 8/ 10.

(2) ينظر: المدونة 9/ 50، والنوادر والزيادات 7/ 204، والتفريع 2/ 381، والجواهر الثمينة 2/ 684.

(3) ينظر: المهذب 1/ 354، والبيان والتحصيل 8/ 144، والجواهر الثمينة 2/ 684، والتاج والإكليل 5/ 197.

(4) (الموكل ما خالف... كما لو قال): سقطت من «ج».

(5) ينظر: المدونة 10/ 245.

(6) (يقيمها... أبو إسحاق): سقطت من «ج».

(7) هو أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن إسحاق التونسي، الفقيه المالكي الأصولي، أخذ عن أبي عمران الفاسي وأبي بكر بن عبد الرحمٰن، وأخذ عنه جماعة منهم: محمد بن سعدون وعبد الحميد الصائغ. له شرح لـ«المدونة» وتعليق عليها وآخر على كتاب «ابن المواز»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (334هـ). ينظر: الديباج 1/ 88، 89، وشجرة النور ص108.

أمانته، وإذا باع بأنقص مما سمي له بكثير وفاتت السلعة فاختلف المذهب، هل يكون ملتزماً لبقية الثمن أو لا[1]؟.

قوله: ﴿فَلَو قَالَ: أَنَا أُتِمُّ فِي الكَثِيرِ فَفِي إِمضَائِهِ قَولاَنِ﴾.

يعني: فلو باع بخمسة ما أمره أن يبيع بعشرة، وقال: أنا أدفع للموكل خمسة أخرى. أو اشترى له بخمسة عشرة ما أمره أن يشتري بعشرة، وقال: أنا أتم خمسة تمام الخمسة عشر. فهل للموكل في ذلك مقال؟ قولان، فمن أمضى فعل الوكيل لاحظ حصول مقصد الموكل، ومن لم يمضه لاحظ عداء الوكيل[2]، والأقرب هو الأول؛ لأن مجرد عَداءَ الوكيل لا يوجب فسخ ما فعله مطلقاً، والكلام في هذه المسألة كالكلام في مسألة من أمر وكيله أن يزوجه بألفٍ فزوجه بألفين[3]، أعني فيما يرجع فيه إلى هٰذين القولين.

قوله: ﴿فلو قَالَ بِعْ نَسِيئَةً بِكَذَا فَبَاعَ نَقْداً بِهِ، وَعَكْسُهُ فِي الشِّرَاءِ فَقَولاَنِ، وَحَجَّ أَبُو مُحَمَّدٍ فِيهَا ابنَ اللَّباد[4] بِأنَّ الْمُبْتَاعَ لَوْ عَجَّلَ الثَّمَنَ للْوَكِيلِ[5] لَزِمَهُ قَبُولهُ﴾.

يريد لو أمره أن يبيع له سلعة بعشرة دنانير إلى شهر مثلاً، فباعها بعشرة نقداً، أو أمره أن يشتري له سلعة بعشرة دنانير نقداً، فاشتراها بعشرة دنانير إلى شهر، فهل يكون الوكيل متعدياً في المسألتين معاً؟ قولان[6]. ومعنى: وحَجَّ أبو محمد فيها ابن اللباد[7]؛ أي: غلبه في الحجة حين ناظره، وذلك أن المذهب في الدَّين يكون عَيناً إلى أجل، أن الحق في الأجل لمن عليه الدَّين وحده، وأنه إذا عجله لزم من له

(1) ينظر: الكافي 1/ 396، الذخيرة 8/ 13.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 207، والجواهر الثمينة 2/ 684، والذخيرة 8/ 14.

(3) ينظر: الشرح الكبير 2/ 309، ومواهب الجليل 3/ 447.

(4) في «ق»: (ابن التبان).

(5) في «خ»: (للموكل). وهو خطأ.

(6) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 141، والجواهر الثمينة 2/ 685، والذخيرة 8/ 14.

(7) م ت: قال خليل: ما ذكره المصنف (ابن الحاجب) عن ابن اللباد هو كذلك في الجواهر. . . . والذي في ابن عبد السلام: ابن التبان، وفيه نظر؛ لأن ابن التبان إنما كنيته أبو محمد على ما ذكره صاحب المدارك، وابن اللباد هو أبو بكر. [5/ 150].

الدين قبوله[1]، فعلى هذا التقدير لو فرض أن الوكيل باع بالأجل على نحو ما أمره به الآمر، لكان من حق المشتري تعجيل ذلك الدَّين، ويلزم الآمر قبوله، وكذلك في مسألة الشراء، فللوكيل أن يقول للآمر: إن لم تَرُد بقي الدَّين في ذمتك فعجله لبائع السلعة، ويلزم البائع قبوله، ولا ضرر عليك بما فعلته، بخلاف[2] أن لو كان الثمن في الوجهين عرضاً، لم يلزم تعجيله ولا قبوله[3]. ورأى بعض الشيوخ أن الطعام مثل الدنانير والدراهم، وهذا الشيخ ممن مذهبه كمذهب الشيخ أبي محمد[4] بن أبي زيد. قال في «المدونة»: «وإن أمرته أن يبيعها إلى أجل فباعها بنقدٍ، فعليه الأكثر مما باعها به أو القيمة لما تعدى. قال ابن القاسم ﷺ: وسواء سميت له[5] الثمن أو لم تسمِّ»[6]. فظاهر هذا الكلام مع ابن اللباد، وتأوَّل ذلك بعضهم على أن الموكل إنما حَدَّ للوكيل أقل الثمن، بحيث أنه لا يبعها بهذا العدد إلا إذا لم يجد أكثر منه، ولمَّا باعها بذلك العدد نقداً، دلَّ على أنه لم يبالغ في طلب الأثمان؛ لأن من اشترى بثمن نقداً، فالغالب أنه يشتري بأكثر منه إلى أجل، ومهما بَعُد الأجل زاد الثمن. قال بعضهم: ولعل المسألة مفروضة في التوكيل على بيع السلعة بغير العين.

قوله: ﴿ وَاشْتَرِ بِعَيْنِهَا، فَاشتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَنَقَدَهَا أَو بِالْعَكْسِ صَحَّ ﴾.

يعني: لو دفع الموكل للوكيل دنانير أو دراهم وقال له: اشتر بهذه الدنانير، أو بهذه الدراهم المعينة، فاشترى بدراهم أو بدنانير على الذمة، وفَقَدَ ما دفع له الآمر، صحَّ ذلك، وكذلك لو أمره أن يشتري بدنانير أو دراهم على الذمة[7]، ودفع إليه هذه الدنانير فاشترى الوكيل بهذه المعينة، مضى ذلك[8]، إذ لا يتعلق لأحد غرض في التعيين هنا ولا في عدمه، إذا كان الموكل إنما دفع الدنانير أو الدراهم للوكيل لأجل ما يشتريه له، وأما إن كان دفْعُه لها وديعة، فدفعها الوكيل في ثمن ما اشتراه له، فلا يبعد أن يكون

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 685.

(2) (بخلاف): سقطت من «خ».

(3) ينظر: الذخيرة 8/ 14.

(4) (الشيخ أبي محمد): سقطت من «ق».

(5) في «ق»: (لها).

(6) المدونة 9/ 54.

(7) (وفقد... على الذمة): سقطت من «ج».

(8) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 687، والذخيرة 8/ 15، والتاج والإكليل 5/ 198.

متعدياً إذا قيل[1] بتعيين الدراهم والدنانير؛ لأنه قد يتعلق للآمر بعينها غرض صحيح، إما لشبهة فيها فلا يجب تفويتها في الشراء بها[2] حتى ينظر في إصلاح تلك الشبهة، أو لتحقيق طيب كسبها، فيجب أن يشتري بها لقوْتِه لا لتجارته أو لغير ذلك من الوجوه التي يقصد الناس إليها، والضمير المجرور من قوله: بعينها. والضمير المنصوب من قوله: نقدها. راجع إلى الدنانير والدراهم وإنه لم يجْر لها ذكر قبل ذلك؛ لأنه معلوم من السياق، ولا يصح أن يكون الثمن في الصورة الأولى من هاتين الصورتين عرضاً[3]؛ لما يلزم عليه من السَّلم[4] الحال[5]، ولا يخفى عليك تصوره هنا.

قوله: ﴿ وَفِي بِعْ بِالدَّنَانِيرِ فَبَاعَ بِالدَّرَاهِمِ أَو بِالعَكْسِ: قَوْلاَنِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُمَا فِي الغَرَضِ[6] سَوَاءٌ أَو لاَ ﴾.

يعني: أن المذهب اختلف على قولين[7] في الوكيل يؤمر أن يبيع بالدنانير فيبيع بالدراهم، أو يؤمر بالدراهم فيبيع بالدنانير ـ وهذا مراده بالعكس ـ هل يكون متعدياً في هذه المخالفة؟ وأشار بما ذكره من سبب الخلاف إلى أن هذا الخلاف ليس بتحقيق خلاف، وإنما هو خلاف في حال، هل يقوم كل واحد من الدراهم والدنانير مقام الآخر أو لا؟ وهو صحيح، على أن الأصل في مخالفة الوكيل لِما أمره به الموكل أن يكون متعدياً.

---

(1) في «ق»، «ج»: (قبل).

(2) (بها): سقطت من «خ»، «ج».

(3) في «ق»: (غرضاً).

(4) السَّلم في اللغة: التقديم والتسليم. وفي الشرع: اسم لعقد يوجب الملك للبائع في الثمن عاجلاً، وللمشتري في المثمن آجلاً، فالمبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن يسمى رأس المال، والبائع يسمى مسلماً إليه، والمشتري يسمى رب السلم. التعريفات 1/ 160.

(5) السلم الحال وهو أن يبيع شيئاً في ذمته ليس عنده، على أن يمضي للسوق فيشتريه ويدفعه للمشتري؛ لأنه غرر؛ لأنه إما أن يجده أو لا، وإذا وجده، فإما بأكثر مما باعه فيؤدي من عنده ما يكمل به الثمن وذلك من السفه المنهي عنه، وإما أن يجده بأقل فيأكل ما بقي باطلاً وهو لا يجوز. كفاية الطالب 2/ 236.

(6) في «ج»: (العرض).

(7) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 164، والجواهر الثمينة 2/ 685، والذخيرة 8/ 14.

قوله: ﴿ واشْتَرِ شَاةً بِدِيْنَارٍ فَاشتَرَى بِهِ شَاتِيْنِ ثَالِثُهَا: إنْ كَانَ قَادِراً عَلَى الإفرَادِ لَمْ يَلْزِمْ ﴾.

يعني: إذا أمر الموكل الوكيل بأن يشتري له شاة بدينار دفعه إليه، فاشترى له بذلك الدينار شاتين، فاختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال[1]:

أحدهما: عدم لزوم الشاتين للآمر، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون[2]، ولم يُفصلا بين أن يكون الوكيل قادراً على إفراد واحدة منهما بالشراء أو لا.

والثاني: لزوم الشاتين، وهو مذهب أصبغ، ولم يُفصِّل أيضاً.

والقول الثالث: التفصيل، بين أن يكون الوكيل قادراً على إفراد واحدة منهما بالشراء فلا يلزمان الآمر، أو لا يكون قادراً فتلزمانه، ذكره ابن شاس[3] عن ابن المواز[4]، والذي حكاه أبو محمد في النوادر عن كتاب «محمد» ظاهره هذا[5][6]، وليس هذا بصريح؛ لكن قال بعض الشيوخ: لا يختلف في لزومهما معاً إذا لم يمكن الوكيل شراء واحدة منهما على انفرادها[7]. وقد احتج جماعة لقول أصبغ بحديث عروة بن الجعد الذي ذكرناه أول الكتاب[8]؛ لأنه لو لم تكن الشاة الثانية لازمة للنبي ﷺ لم يأخذ ثمنها، ولِمَا أقرَّه على ما

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 686.

(2) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن الماجشون المالكي المدني، تفقه بأبيه ومالك بن أنس وابن كنانة والمغيرة وابن دينار، وأخذ عنه ابن حبيب وسحنون، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (212هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص153، والديباج 1/ 153.

(3) هو أبو محمد عبد الله بن نجم بن شاس الجذامي، من مشاهير علماء المالكية، درس بمصر وأفتى، حدث عنه المنذري. من مؤلفاته: كتاب «عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ غازياً بثغر دمياط سنة (616هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 22/ 99، والديباج 1/ 443.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 686.

(5) في «ق»، «ج»: (ظاهر في هذا).

(6) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 204، 205.

(7) ينظر: التاج والإكليل 5/ 199.

(8) في «خ»: (الباب). ينظر الحديث ص95.

فعل. وقال بعضهم: لو لم تكن أيضاً[1] الشاة الثانية على ملك عروة، لِمَا باعها، ولِمَا أقره النبي ﷺ على جواز بيعها، وإنما باعها على ملكه؛ ولكن للنبي ﷺ الخيار في قبولها؛ لأنه اشتراها له، فإذا قلنا بقول ابن القاسم رحمه الله وقول ابن الماجشون رحمه الله فقال ابن القاسم رحمه الله: تلزم الموكل واحدة، ويخير في الثانية بين أن يقبلها، أو يردها ويأخذ ما ينوبها من الثمن[2]. وقال ابن الماجشون في «المبسوط»[3]: يخير بين قبول الاثنين بجميع الثمن، أو يردهما ويأخذ جميع الثمن[4]. هذا نقل بعض الشيوخ.

قلت: وقد حكى ابن حبيب[5] عن ابن الماجشون: إذا أمره بشراء جارية بعينها أو موصوفة بثمن، فاشتراها به ومتاعاً معها في صفقة، فالآمر[6] مخير بين أن يأخذ الجميع، أو يأخذ الجارية بحصتها من الثمن. قال: وإن هلك الجميع قبل علمه، فمصيبة الجارية وحدها منه بحصتها من الثمن[7]. والأقرب عندي من مقاصد الناس عرفاً قول أصبغ[8] رحمه الله وقول ابن المواز صحيح، والله أعلم. فإن اشترى الجاريتين أو الشاتين واحدة بعد أخرى، فالأولى منهما للموكل، والثانية للوكيل إذا لم يختر الموكل أخذها، ويرد ما اشتراها به إن كان الوكيل قبض ثمنها من الموكل[9]. ولو أمره أن يشتري له جارية أو ثوباً على صفةٍ ما بثمن محدود،

---

(1) (أيضاً): سقطت من «ج».

(2) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 205، والبيان والتحصيل 8/ 167، والجواهر الثمينة 2/ 686.

(3) المبسوط: كتاب فقهي للقاضي إسماعيل بن إسحاق بن حماد بن زيد بن درهم، المتوفى سنة (282هـ). ينظر: الفهرست للنديم ص452.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 686.

(5) هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي القرطبي، عالم الأندلس وفقيهها، انتهت إليه رئاسة الأندلس بعد يحيى بن يحيى. له مؤلفات من أشهرها: «الواضحة في السنن والفقه»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (238هـ). ينظر: طبقات الشيرازي 1/ 164، وتذكرة الحفاظ 2/ 537، والديباج 1/ 154.

(6) في «ج»: (فالحاكم).

(7) النوادر والزيادات 7/ 205.

(8) في «ج»: (أشهب).

(9) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 168، والجواهر الثمينة 2/ 686.

فاشترى نصف جارية أو ثوب، لم يلزم ذلك الموكل، ووجهه ظاهر. ولو أمره أن يشتري له عشرة أثواب، فاشتراها له صفقة واحدة، أو ثوب بعد ثوب، لزم ذلك الموكل؛ إلا أن يدل العرف على أحد هذين الوجهين خاصة فيتعين.

قوله: ﴿ وَبِعْ إِلَى أَجَلٍ؛ يُقَيِّدُهُ الْعُرفُ ﴾.

يعني: أن قول الآمر للمأمور: بع هذه السلعة إلى أجل مطلق. يقبل جميع الآجال، على البدل في مقتضى اللغة؛ لكن العرف مقيد له، فلا يبيع المأمور إلا إلى أجل اقتضاه العرف في تلك السلعة[1]، كما أن العرف يقيد مقدار الثمن[2]، وهذا صحيح، فإن المعتبر من الكلام إنما هو عرف التخاطب لا مقتضى اللغة؛ إلا إذا كان الآمر والمأمور غريبين[3].

قوله: ﴿ واشْتَرِ لِي عَبْدَاً فَاشتَرَى مَا لاَ يَلِيقُ بِهِ فَفِي خَيَارِهِ: قَولاَنِ لاِبنِ القَاسِمِ وَأَشهَبَ ﴾.

يعني: أنه إذا أمره أن يشتري له عبداً، وأطلق ولم يقيد، فإن اشترى المأمور للآمر ما يليق به استعماله أو التجارة فيه، لزمه ذلك بلا خلاف[4]، وإن اشترى له ما لا يليق به في[5] وجه من هذين الوجهين، فاختُلف في ذلك، فقال ابن القاسم: هو متعدٍّ، ويخير الآمر في قبول ما اشتراه أو رده، ورأى أن العرف يقيد هذا الإطلاق[6] كما في المسألة السابقة. وقال أشهب: لا يكون المأمور متعدياً، ويلزم الآمر ما اشتراه له من العبيد[7]. ولعله رأى أن

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 682.

(2) يستفاد هذا الحكم من حديث جابر بن عبد الله في بيع جمَله للنبي ﷺ فقد ثبت أن النبي ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال لبلال: «يا بلال، اقضه وزده، فأعطاه أربعة دنانير، وزاده قيراطاً». صحيح البخاري 2/ 810، باب إذا وكل رجل أن يعطى شيئاً ولم يبين كم يعطى. فالنبي ﷺ لم يُعيَّن لبلال قدر الزيادة في قوله: «أعطه وزده».

(3) في «ق»: (عربيين).

(4) ينظر: المدونة 9/ 49، والجواهر الثمينة 2/ 682.

(5) في «خ»: (من).

(6) ينظر: المدونة 9/ 49، والتفريع 2/ 316، والمعونة ص1243، والكافي 1/ 396، والجواهر الثمينة 2/ 682.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 682.

العرف في التجارة لا ينضبط، فرأى أن اللفظ مطلق، والأصل بقاؤه على ذلك حتى يظهر ما يقيده. وجرت عادة المذاكرين معارضة قول ابن القاسم وأشهب بقولهما[1] فيمن حلف ألا يأكل رؤوساً، هل يحنث بأكل رؤوس الطير، أو لا يدخل بيتاً هل يحنث بدخول بيت الشعر؟ حنثه بذلك ابن القاسم ولم يحنثه أشهب، فيقولون: إن ابن القاسم لم يقيد مسألة اليمين بالعرف وأبقاها على إطلاقها، وأصله في مسألة الوكالة التقييد بالعرف، وأشهب قيَّد إطلاق اللفظ بالعرف في مسألة اليمين[2]، وأصله في مسألة الوكالة عدم التقييد[3]، وهذا الاعتراض ساقط جداً، فإنه لا يلزم من اطراد العرف في وجهٍ ما، أو في مسألة ما، اطراده في نظير تلك المسألة؛ لجواز أن يستعمل أهل العرف لفظة في شخص معين من أشخاص النوع دون بقية أشخاص ذلك النوع، أو يَخُصُّون اللفظ بنوع في باب من أبواب الفقه، دون غيره من الأبواب، وبالجملة إن القياس لا يدخل المسائل العرفية[4]، وهذا معلوم قطعاً عند المحققين. إذا عرفت هذا، فيكون ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ قد ثبت عنده أن أهل العرف لا يقيدون لفظة: (البيت) بالمبنى؛ بل أبقوه على ما هو عليه في اللغة، وثبت التقييد بذلك عند أشهب، فيكون الخلاف بينهما خلاف في حال، وكذلك مسألة الوكالة، والله أعلم[5].

قوله: ﴿ وَكَذَلِكَ الْمُخَصَّصُ بِالعُرْفِ ﴾.

يعني: أن العرف كما يقيد المطلق على ما قدمه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ الآن: وبع إلى أجل يقيده العرف. فكذلك يخصص العام، فلو قال له: اشتر لي ثوباً من أي الأثواب شئت. وشبه ذلك من الألفاظ العامة في أشخاص الأثواب أو الأثمان أو الآجال، فإن العرف إذا ثبت يخصص العام. وقال في «المدونة» في أول كتاب العارية: «ومن استعار دابة ليركبها حيث شاء

(1) في «خ»: (في قولهما).
(2) (وأصله في... مسألة اليمين): سقطت من «ج».
(3) ينظر: التاج والإكليل 3/ 297.
(4) (وبالجملة... العرفية): سقطت من «خ».
(5) (والله أعلم): سقطت من «خ».

وهو بالفسطاط[1]، فركبها إلى الشام[2] أو إلى إفريقية[3]، فإن كان وجه عاريته إلى مثل ذلك فلا شيء عليه، وإلا ضمن. قال: والذي يسأل رجلاً ليسرج له دابة ليركبها في حاجة، فيقول ربها: اركبها حيث أحببت. فهذا يَعلم الناس أنه لم يسرجها له إلا[4] إلى الشام أو إلى إفريقية»[5]. هذا هو الذي تقتضيه أصول المذهب، على أن لأصحاب أصول الفقه كلاماً في العموم هل يُخصُّ بالعادة أو لا، وتفصيل الفخر[6] في ذلك حسَن[7]، والله أعلم.

قوله: ﴿وَلاَ يَبِيعُ بِعَرَضٍ وَلاَ نَسِيئَةٍ وَلاَ بِتَغَابُنٍ فَاحِشٍ إِلاَّ بِإِذْنٍ﴾.

يعني: أن هذه الصورة مما قيَّد العرف فيها إطلاق كلام الآمر على ما تقدم.

فإن قلت: هلا اكتفى المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بما قدمه من هذا النوع؛ أعني: من تقييد العرف إطلاق لفظ الموكل؟

قلت: الذي قدمه إنما هو باعتبار الشراء، وهذه المسائل باعتبار البيع، فذكر هذا النوع لشهرة مسائله وشهرة الخلاف الذي للعلماء فيها، فقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ والشافعي: إن الوكيل لا يبيع إلا بنقد البلد، فضلاً عن كونه لا يبيع بالعروض[8]. وقال أبو حنيفة: إن باع بغير نقد البلد لا يكون متعدياً،

---

(1) الفُسطاط: مدينة بمصر بناها عمرو بن العاص رضي الله عنه بعد فتحه مصر. ينظر: معجم البلدان 4/ 263.

(2) الشام: اسم يطلق على المنطقة الممتدة من نهر الفرات إلى العريش المتاخم للديار المصرية، ومن جبلي طيء من نحو القبلة إلى بحر الروم. ينظر: معجم البلدان 3/ 312.

(3) إفريقية: بكسر الهمزة، اسم لبلاد واسعة، وحدها من برقة شرقاً إلى طنجة غرباً، ومن البحر شمالاً إلى الرمال التي في بلاد السودان جنوباً. معجم البلدان 1/ 228.

(4) (إلا): سقطت من «ق».

(5) المدونة 15/ 162.

(6) هو أبو عبد الله فخر الدين الإمام محمد بن عمر بن الحسين التميمي البكري الرازي، صاحب كتاب «المحصول في علم الأصول»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (606هـ). ينظر: طبقات الشافعية 2/ 66.

(7) ينظر: المحصول 3/ 198.

(8) ينظر: المدونة 10/ 244، والتفريع 2/ 318، والمعونة ص1239، وبداية المجتهد 2/ 254، والحاوي الكبير 6/ 538.

وكذلك إذا باع بالعرض[1]. قال من نصر مذهب مالك والشافعي: أجمع معنا أبو حنيفة على أن العرف يقيد قول الموكل في الشراء، فكذلك يجب في البيع، ألا ترى أنه يقول: إذا وكَّله على شراء سلعة فإنه لا يشتريها إلا بثمن المثل؛ ولأن المعتمد إن كان هو مجرد اللفظ فلا فرق بين البيع والشراء، وإن كان المعتبر هو مقصد الآمر على ما يقتضيه العرف، فلا فرق بين البيع والشراء، وللحنفية عن هذا أجوبة، أقربها مع ضعفها: إن الوكيل على البيع وكيل على ما يملك الموكل التصرف فيه على الإطلاق لأن السلعة له، فيبيعها بما رآه كما كان للموكل أن يبيعها؛ لأن الموكل قد ملَّكه ذلك، والموكل على الشراء لا يملك السلعة المشتراة قبل شرائها، وإذا كان كذلك، لم يكن لوكيله أن يلزم ذمته ما شاء على الإطلاق؛ لأن الأثمان في الذمم، والموكل لم يُملِّك الوكيل ذمته حتى يتصرف فيها كيف شاء، فإن وقع التعدي[2] من الوكيل فباع بغير العين، فقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في السَّلم الثالث من «المدونة»:

«إن باع المأمور السلعة بغير العين من عرض[3] وغيره وانتقد، فأحب إليَّ أن يضمن المأمور؛ إلا أن يجيز الآمر فعله ويأخذ ما باع به»[4]. وفي كتاب «محمد»: «الآمر مخير في أن يجيز ذلك أو تباع له السلعة المأخوذة، فإن كان فيها زيادة أخذها، وإن نقصت عن القيمة غرم المأمور تمامها، وذلك إذا كانت سلعة الآمر لم تتغير بسوق ولا بَدَنٍ، وإن تغيرت فليس له إلا القيمة أو ما بيعت به سلعته»[5]. وفي كتاب الوكالات من «المدونة» لغير ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: «فإن باعها ولم تفت فليس له تضمينه، وليأخذ سلعته أو يجيز البيع، وإن فاتت فله إن شاء القيمة، أو ما بيعت به سلعته»[6]. ورجَّح غير واحد هذا على ما في كتاب «محمد»، وإن كان الذي في كتاب «محمد» وقع في بعض روايات «المدونة»، بأن سلعة الآمر إذا كانت قائمة لم تفت على

---

(1) ينظر: مختصر اختلاف العلماء 4/ 73، وتحفة الفقهاء 3/ 234.

(2) في «ج»: (التعيين).

(3) (فقال مالك. . . من عرض): سقطت من «ج».

(4) المدونة 9/ 51.

(5) النوادر والزيادات 7/ 206.

(6) المدونة 10/ 248.

الآمر بشيء فلا ينبغي أن يكون له الخيار؛ إلا في إجازة ما فعله الوكيل أو رده، وأما أن تباع له السلعة التي باع بها فلا[1]. ومنهم من حمل ما قاله ابن المواز على أن المشتري نازع في كون هذه السلعة المبيعة للموكل، فاستوى لذلك قيامها وفواتها، وقد ظهر مما تقدم أنه إذا أمره أن يشتري له سلعة فاشتراها بغير العين أنه متعدٍّ، فإن وقع ذلك فقال في «المدونة»: أن الموكل لا يلزمه[2] ما عقد عليه؛ لكن للموكل أن يجيز فعله ويدفع إليه ما أداه[3] من الثمن[4]. ظاهره أنه سواء كان ما اشترى به الوكيل من ذوات القيم أو من ذوات الأمثال. وفي «الأسدية»[5] عن ابن القاسم رحمه الله أنه إذا أجاز فعله ـ وقد كان دفع عرضاً ـ فإنه إنما يدفع إليه قيمة العرض. وللأشياخ زيادات في هذه المسألة لا يليق أكثرها بكلام المؤلف رحمه الله. وأما ما أشار إليه المؤلف رحمه الله ثانياً من أن الوكيل لا يبيع بالنسيئة إذا كانت الوكالة مطلقة، وهو أيضاً مذهب مالك[6] والشافعي[7].

وقال أبو حنيفة رحمه الله: له أن يبيع بالنسيئة. ووافقه على ذلك محمد بن الحسن وأبو يوسف[8]، وإن خالفاه في المسألة السابقة. وإذا وقعت هذه

---

(1) ينظر: المدونة 10/ 244.

(2) في «خ»: (يلزمه).

(3) في «ق»، «خ»: (وداه).

(4) ينظر: المدونة 10/ 145.

(5) الأسدية: كتاب فقهي ضم مجموعة من المسائل التي سمعها أسد بن الفرات من ابن القاسم بمصر، وسُمي بالأسدية نسبة لصاحبه أسد بن الفرات، ثم رحل بها أسد إلى القيروان فأخذها عنه سحنون وغيره، ثم ارتحل بها سحنون إلى ابن القاسم فعرضها عليه، فغير جزءاً كبيراً منها ما عدا الجزء الأخير الذي بقي بدون تغيير، ولذلك فهذا الجزء يسمى «المختلطة»؛ لأنه غير مرتب، ثم رجع بها سحنون إلى القيروان فتلقاها الناس بالقبول. توجد منه نسخة بمكتبة القرويين بفاس تحت رقم (796) بعنوان «المدونة والمختلطة». ينظر: أبجد العلوم 2/ 214، تاريخ التراث العربي 2/ 136.

(6) ينظر: المدونة 10/ 244.

(7) ينظر: الوسيط 4/ 116، والحاوي الكبير 6/ 539.

(8) ينظر: بدائع الصنائع 16/ 149، والمبسوط للسرخسي 19/ 35، ولسان الحكام 1/ 254.

المسألة، فباع الوكيل بالنسيئة وقد أطلق له في الوكالة، فقال ابن المواز: «إن لم يسم له ثمناً، فباعها بثمن مؤجل، فرضي به الآمر، فإن كانت السلعة قائمة بيد المشتري فرضي الموكل بالثمن الذي بيعت به، فذلك جائز، وإن فاتت لم يجز»[1]. يريد أنها إذا لم تفت كان الآمر قادراً على إمضاء البيع ورده، فيصير لأجل ذلك كأنه بائع لها بإمضائه، وأما إذا فاتت، فالغالب أن قيمتها معجلة أقل من الثمن المؤجل الذي باعها به الوكيل، فيصير الموكل بائعاً للقيمة القليلة التي وجبت له الآن، بثمن أكثر منها إلى أجل، وذلك هو الربا، لهذا قال في «العتبية» بعد أن ذكر قريباً مما قاله ابن المواز هنا: إن كان باعها بمثل القيمة فأقل جاز أن يرضى؛ لأنه رفق منه بالمتعدي إذا فسخ مثل ما وجب له عليه في مثله أو أقل. قال: وإن باع السلعة بأكثر من القيمة، فرضي المتعدي أن يعجِّلَ له القيمة ويقبض ذلك لنفسه عند الأجل ويدفع ما زاد على القيمة، الآمر، أُجير الآمر على ذلك، ولم يُمكَّن من بيع الدين[2].

هذا كله إذا لم يُسم الموكل للوكيل الثمن الذي أمره أن يبيع به السلعة، فإن سمَّى له الثمن فباع بأكثر منه إلى أجل، مثل أن يأمره بعشرة نقداً، فباع بخمسة عشر إلى أجل، فلا شك أنه تعدى على الموكل، فإذا كانت السلعة قائمة ـ فإن قلنا بالقول الذي قدمنا، أن الوكيل بتعديه يُعدُّ ملتزماً لما أمره به الموكل ـ فلا يلزم الوكيل إلا العشرة التي أمره الموكل أن يبيع بها، وإن قلنا: أن الوكيل لا يعد ملتزماً بما أمره به الموكل[3]، خُيّر الموكل[4] في إجازة البيع أو رده، وإن فاتت السلعة فالمشهور من المذهب أن الموكل لا يُمكَّن من إغرام الوكيل التسمية[5]، وعلى ما نبهناك الآن عليه ـ من أنه يعد الوكيل ملتزماً ـ يكون له ذلك، والمشهور أيضاً من المذهب: أنه ليس للآمر الرضى بالثمن الذي باع به نقداً؛ لإمكان أن يكون قد رضي بما فعله الوكيل، فيكون

---

(1) النوادر والزيادات 7/ 207، والتاج والإكليل 5/ 203.
(2) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 203، والنوادر والزيادات 7/ 207.
(3) (فلا يلزم الوكيل. . . أمره به الموكل): سقطت من «ج».
(4) في «ج»: (المديان).
(5) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 174.

قد وجبت له خمسة عشر ديناراً إلى أجل، وعدل عنها إلى عشرة نقداً، وذلك ضَعْ وتعجَّل[1]. وظاهر ما في كتاب «ابن حبيب»[2] أن له ذلك، ولا يخفى عليك الأصل الذي يجري عليه هذان القولان.

وكما منعوا الموكل في المشهور من الرضى بالعشرة لما قلناه، منعوه أيضاً من الرضى بالخمسة عشر إلى أجلها؛ لاحتمال أن يكون عزم على مطالبة الوكيل بحكم التعدي، وهذا يوجب على الوكيل[3] غرامة العشرة التي سمَّاها الموكل، فيكون قد وجب له عدد حال، وانتقل إلى أكثر منه مؤجلاً، وذلك لا يجوز، وظاهر كتاب «ابن حبيب» أن ذلك يجوز هنا، كذلك قال في المشهور.

ولا بد من بيع الدَّين؛ لأنه ليس للموكل وجه يأخذ منه عوض سلعته سوى ثمن الدَّين، فإذا بيع بمثل التسمية أو القيمة فلا كلام، وإن بيع بأزيد من التسمية أو القيمة أخذ الموكل جميع ذلك، وإن بيع بأقل غرم الوكيل تمام التسمية أو القيمة، فإن قال الوكيل: أنا أرضى أن أغرم للموكل جميع التسمية أو القيمة، ويؤخر بيع الدَّين حتى يحل الأجل فآخذ ما كنت دفعته للموكل وأعطيه ما زاد، فإن كان الدَّين لو بيع لم يبع إلا بعشرة، لا أقل منها ولا أكثر، جاز ذلك[4]، إذ لا مانع بوجه؛ لأن الوكيل يسلف[5] الآن للموكل عشرة، يقتضيها[6] عند الأجل، ويأخذ الموكل الزيادة، فلا نفع للمسلِّف

---

(1) ضع وتعجل حرام عند الأربعة بخلاف الشافعي، وأجازها ابن عباس وزفر، وهي أن يكون له عليه دين لم يحل، فيعجله قبل حلوله على أن ينقص منه، ومثل ذلك أن يعجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر، وأن يأخذ قبل الأجل بعضه عرضاً، ويجوز ذلك كله بعد الأجل باتفاق، ويجوز أن يعطيه في دينه عرضاً قبل الأجل وإن كان يساوي أقل من دينه. القوانين الفقهية 1/ 167.

(2) كتاب ابن حبيب يعني به كتاب «الواضحة» وهو كتاب في الفقه والسنن، لأبي مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي (ت238هـ). تاريخ التراث العربي 1/ 587.

(3) في «خ»: (الغريم).

(4) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 175.

(5) في «ق»: (سلف).

(6) في «خ»: (يقبضها).

بوجه، وذلك هبة للموكل، فإن كان الدَّين لو بيع الآن لبيع بأحد عشر فأزيد إلى أربعة عشر، لم يجز رِضَى الموكل بذلك؛ لأنه وجب له أحد عشر ديناراً معجلة ببيع الدين، عدل عنها إلى خمسة عشر إلى أجل، وذلك فسخ دين في دين، وحُكي قولان بالجواز[1] ـ أعني في هذه الصور ـ وإن كان الدَّين لو بيع لما بيع إلا بثمانية، فاختلف ابن القاسم وأشهب، هل يجوز تراضي الموكل والوكيل على عشرة يأخذها الآن الموكل من الوكيل حسب ما قدمناه؟ فأجاز ذلك ابن القاسم ومنعه أشهب[2]. واستحسن غير واحد من الشيوخ مذهب أشهب؛ لأن الوكيل سلَّف عشرة لينتفع بالسلامة من غرامة دينارين، وذلك أنَّا لو بعنا الدَّين بثمانية، لأدى الوكيل من ماله دينارين، تمام العشرة، لا يرجع بها على أحد، برضاه الآن بإعطاء الموكل عشرة يأخذها عند حلول الأجل، ويأخذ الموكل أيضاً الخمسة الباقية بموجب سلامة الوكيل من غرامة الدينارين، وذلك سلف جر منفعة حقيقة.

واختار بعضهم مذهب ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ بناء على قاعدة أخرى في هذا الباب، وهو أن جماعة من الشيوخ قالوا: إنما يباع الدَّين في[3] مسائل تعدي الوكيل إذا كان في بيعه فائدة للموكل، وهو ربح يأخذه، وأما إذا لم يكن فيه ربح؛ بل كان فيه خسارة، فلا فائدة في بيعه، ويأخذ التسمية أو القيمة من الوكيل إذا أمكن أخذها منه، فإن كان الدين في هذه المسألة لا يساوي عشرة لم يتوجه الحكم ببيعه، فلا تلزم الوكيل حينئذ خسارة ينتفع بالسلامة منها، وأيضاً، فبيع هذا الدَّين على خلاف الأصل؛ لأن الموكل إن طلب الوكيل بحكم التعدي، ألزمه التسمية أو القيمة، وكان الدَّين للوكيل، وإن رفع عنه حكم التعدي كان الدَّين للموكل. هذه جملة ما ذكره الشيوخ هنا، ولم يبق منها إلا ما يزيدنا بُعداً عن كلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وأما قوله: ولا بتغابن فاحش إلا بإذن[4]. فقد قدمنا عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ

(1) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 178.
(2) ينظر المصدر نفسه 8/ 178.
(3) في «ق»: (من).
(4) (إلا بإذن): سقطت من «ج»، «ق».

أن له أن يبيع بالنسيئة[1]. وكذلك قال هنا: إن باع بأقل، ولو بثمن فاحش، مضى بيعه[2]. وأشرنا فيما تقدم إلى سبب الخلاف، وأشرنا أيضاً إلى أن الوكيل بتعديه في هذا وشبهه، هل يكون ملتزماً للتسمية التي أُمر بها أو القيمة إن لم تكن تسمية، سواء كانت السلعة التي أمر[3] ببيعها قائمة أو فائتة، والمشهور: إن كانت قائمة فلا يضمن الوكيل شيئاً، وإن كانت فائتة ضمن الوكيل. والذي قلناه في القائمة هو إذا ثبت قول الآمر ببينةٍ، فإن لم يثبت قوله ببينة فلها حكم آخر لا يناسب ذكره هنا.

قوله: ﴿ وَلاَ يَبِيعُ مِنْ[4] نَفسِهِ وَلاَ مِنْ وَلَدِهِ وَلاَ يَتِيمِهِ، وَلاَ يَشْتَرِي، وَقِيلَ: لَهُ ذَلِكَ، وَيَتَوَلَّى حِينَئِذٍ طَرَفَي الْعَقدِ كَالْوَكِيلِ مِنْ كِلاَ الْجَانِبَينِ فِي الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ ﴾.

أما بيعه من نفسه السلعة التي وكل عليها، فالمشهور المعروف من المذهب أن ذلك لا يجوز[5]، وهو مذهب أكثر العلماء خارج المذهب فيما علمت[6]. وقال القاضي عبد الوهاب: «إذا باع واشترى بالأثمان لا محاباة فيها فإن ذلك جائز»[7]، والذين منعوه من أن يبيع من نفسه منهم من قال: إنه لا يتناوله خطاب الموكل فلا يدخل تحت لفظ الوكالة، يشيرون بذلك إلى إجراء هذه المسألة على الخلاف المذكور في الأصول[8]، هل يدخل المخاطب تحت الخطاب[9]؟ ومنهم من قال: إنا وإن سلمنا أن المخاطب

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع 6/ 149، والمبسوط للسرخسي 19/ 35.
(2) ينظر: مختصر اختلاف العلماء 4/ 71، وتحفة الفقهاء 3/ 234.
(3) (بها أو القيمة... التي أمر): سقطت من «ج».
(4) (من): سقطت من «ق»، «ج».
(5) ينظر: الكافي 1/ 396، والبيان والتحصيل 8/ 148، والجواهر الثمينة 2/ 681، والذخيرة 8/ 10، وبداية المجتهد 2/ 254.
(6) ينظر: المهذب 1/ 352، والوسيط 3/ 285، والحاوي الكبير 6/ 536، وبدائع الصنائع 6/ 28، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 72، وروضة الطالبين 4/ 304.
(7) الكافي 1/ 345، والجواهر الثمينة 2/ 681، والمعونة ص1238.
(8) في «خ»: (الأصل).
(9) ينظر: البرهان في أصول الفقه 1/ 247، والمنخول 1/ 143.

يدخل تحت الخطاب؛ إلا أن هنا مانعاً من دخوله، وهو التهمة على أن يحابي نفسه، فإن النفوس مجبولة على ذلك.

فإن قلت: يعلم أنه لم يحاب نفسه إذا باع بالقيمة فأكثر، كما أشار إليه القاضي عبد الوهاب.

قلت: لا يعلم ذلك بهذا السبب؛ لاحتمال أن يكون هناك من المشترين من يزيد على القيمة لو عرضت عليه هذه السلعة، فاشتراها الوكيل من نفسه بالقيمة ولم يعرضها على غيره، أو عرضها ولكنه لم يستقص الأثمان؛ لكن قد قدمنا الإشارة إلى أن هناك من لم يلتفت إلى هذا في الأمور التي يلزم الوكيل أن يفعلها للموكل، والأقرب أنه لا يختلف في اعتباره إذا لم يسم له ثمن، وإنما يقع له[1] النظر في ذلك إذا سمى له الثمن الذي يبيع به، وفي كتاب القراض[2] من «المدونة» فيمن اشترى سلعة بدنانير، ثم بعد شرائها ذهب لرجل أخذ منه مالاً قراضاً وأراد أن ينقده في تلك السلعة التي اشتراها، أنه ينهى عن ذلك. قال: لأني أخاف أن يكون استغلاها بعد أن اشتراها، فأراد أن يصرف ما وقع فيه من غبن إلى مال القراض[3]. فأراد بعض كبار الشيوخ أن يجعل هذه المسألة تقرب مما ذهب إليه القاضي عبد الوهاب - وفيه نظر - وإنما تقرب من طريق من منع الوكيل أن يشتري من نفسه لأجل التهمة فتأمله. وقال غير ابن القاسم في كتاب القراض أيضاً: «إن من وُكِّل على بيع عبدٍ فباعه من نفسه، وأعتق العبد الذي اشتراه، فإن عتقه مردود»[4].

وذكر ابن حبيب: «أن الوكيل على بيع سلعة فاشتراها وباعها[5] بربح، أن الربح للموكل، وكذلك الوصي إذا اشترى من مال الأيتام لنفسه وباعه بربح، أن الربح لهم»[6]. فرأى أن ذلك البيع الذي باعه من نفسه كأنه لم يكن

---

(1) (له): سقطت من «ق».

(2) (القراض): سقطت من «ق».

(3) ينظر: المدونة 12/ 121.

(4) المدونة 12/ 125.

(5) في «ق»، «ج»: (أبو باعها).

(6) النوادر والزيادات 7/ 203، والبيان والتحصيل 8/ 158.

لكونه معزولاً عنه، والبيع الثاني من الأجنبي وقع في محله، ولم يعتبر نيته في أنه باع عن نفسه لا عن الموكل، وأطلق المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ القول في ولد الوكيل، ومراده إنما هو الصغير، كذلك نص عليه في «المدونة»[1]، بخلاف ولده الكبير. وأجاز سحنون[2] بيعه من ولده الصغير، ومن يتيمه الذي هو في ولايته؛ لأن العهدة في ماليهما[3][4]. والأقرب هو المشهور؛ لأن التهمة بالميل مع هؤلاء قوية، وإن كان أجاز في «المدونة» للوكيل على السَّلم أن يسلم إلى زوجته، أو أحد أبويه، أو جدَّه، أو جدته، أو مكاتبه[5]، أو مدبره[6]، أو أم ولده، إذا صح من غير محاباة[7]. هكذا فهمها الأكثرون، غير أنهم قيدوا المسألة بأن يكون المدبر وأم الولد مأذوناً لهما في التجارة. وقال يحيى[8]: لا يجوز عندي أن يسلم إلى عبده، أو مدبره. يريد عبده المأذون له في التجارة، وفي فهم ما نسبوه إلى «المدونة» عندي نظر لا يليق ذكره هنا. ومنع في «المدونة» أن يسلم الوكيل إلى شريكه المفاوض[9]. قال سحنون: إلا

---

(1) ينظر: المدونة 9/ 50.

(2) هو الإمام عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، الملقب بسحنون، بضم السين وفتحها، انتهت إليه رياسة المذهب في العلم بالمغرب، أخذ عن البهلول بن راشد وعلي بن زياد وأسد بن الفرات، ثم رحل إلى مصر فأخذ عن ابن القاسم وابن وهب وأشهب، ثم رحل إلى مكة والمدينة حاجاً فأخذ عن تلاميذ مالك، توفي - رحمه الله تعالى - سنة (240هـ) بالقيروان. ينظر: طبقات الشيرازي ص160، والديباج 1/ 160، وتاريخ التراث العربي 2/ 138.

(3) في «خ»: (ماله).

(4) ينظر: المدونة 12/ 125، والتاج والإكليل 5/ 200.

(5) الكتابة: عتقُ مال مؤجلٍ من العبد موقوفٌ على أدائه. شرح حدود ابن عرفة 2/ 676.

(6) التدبير: عقدُ يوجب عتق مملوكٍ في ثلث مالكه بعد موته. شرح حدود ابن عرفة 2/ 673.

(7) المدونة 9/ 50.

(8) هو أبو زكريا يحيى بن عمر بن يوسف بن عامر الكناني، ولد بقرطبة ونشأ بها، ثم رحل إلى إفريقية فسمع فيها عن سحنون، ثم رحل إلى مصر فسمع فيها عن أبي إسحاق البري وعبيد بن معاوية وغيرهم، وتفقه عليه خلق كثير منهم ابن اللباد، توفي - رحمه الله تعالى - سنة (276هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 13/ 462، والديباج 1/ 351.

(9) ينظر: المدونة 9/ 50. وشركة المفاوضة هي أن يجعل كل واحد من الشركاء لصاحبه =

أن يكون في غير المال الذي قارضه فيه[1]. وأما قول المؤلف رحمه الله: فيتولى حينئذ طرفي العقد. فتفريع عن القول الثاني، وهو الذي قدمناه عن القاضي عبد الوهاب[2]، وهكذا الحكم على المشهور؛ بل على كل قول إذا نص للوكيل[3] على أن يبيع من نفسه إن شاء، فإنه يتولى طرفي العقد.

فإن قلت: كيف ساغ للمؤلف رحمه الله أن يشبه الشيء بنفسه، حيث قال: كالوكيل من كلا الجانبين في البيع والنكاح.

قلت: لم يشبه الشيء بنفسه، وإنما أراد أن الوكيل على البيع إذا باع من نفسه على القول الذي يبيح له ذلك، فإنه يتولى طرفي العقد كما يتولاه الوكيل على البيع إذا كان وكيلاً على ذلك الشراء، فأراد أن يشتري ويبيع عن موكليه معاً، ويسوغ[4] له ذلك، كذلك يسوغ له إذا كان وكيلاً من أحد الجانبين خاصة، وهكذا في النكاح[5]، وقد تقدمت مسألة النكاح في محلها.

قوله: ﴿وَلَوْ اشْتَرَى مَنْ يُعتَقُ عَليهِ عَالِماً ولَمْ يُعَيِّنْهُ الْمُوكِّلُ لَمْ يَعْتِقْ عَلَى الْمُوكِّلِ، وَفِي عِتْقِهِ عَلَى الوَكِيلِ: قَولاَنِ﴾.

لما قدم الكلام على الأوصاف المحسوسة التي توجب تقييد مطلق الوكالة أو تخصيص عامها، أتبع ذلك بالأمور الحكمية التي تشارك ما تقدم في التقييد والتخصيص، والمعنى الذي لأجله منع الوكيل من شراء هذا النوع هو كون المبيع لا يحصل بسببه للموكل المنفعة المقصودة منه عادة، وهي الاستخدام، أو غير ذلك مما يحصل للأجنبي منه، فإن كان الوكيل عالماً بأن العبد الذي اشتراه أبٌ لموكله أو ابن له، لم يلزم الآمر ولم يعتق عليه؛ لأنه اشترى له ما لا ينتفع به ـ كما قدمنا ـ ويلزم هذا الشراء للوكيل[6]. واختلف

= أن يتصرف في الغيبة والحضور في البيع والشراء والكراء والاكتراء.

(1) ينظر: المدونة 9/ 50.

(2) ينظر: ص125.

(3) في «ج»: (الوكيل).

(4) في «خ»: (يشرع).

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 681، والذخيرة 8/ 10، والقوانين الفقهية ص134.

(6) ينظر: المدونة 10/ 244، والتاج والإكليل 5/ 200.

المذهب بعد ذلك، هل يعتق عليه أو لا؟ على قولين[1]، أحدهما: أنه يعتق عليه، وهو قول البرقي[2]. وقال عبيد بن معاوية[3]: إنه لا يعتق عليه. وهو الذي قاله[4] يحيى بن عمر: أنه يجري على مذهب ابن القاسم رحمه الله إذ لا موجب لعتقه؛ لأنه لا[5] قرابة بينه وبين الوكيل، والموكل لا[6] يلزمه الشراء. ورأى البرقي أن الوكيل التزم عتقه لما اشتراه لموكله عالماً بأنه لا يستقر ملكه عليه[7]، وعتق الإنسان عن غيره صحيح، وقد اختلفت آراء الشيوخ في أي المذهبين يجري على قول ابن القاسم. ولو ادعى الموكل على الوكيل أنه اشتراه عالماً بأنه[8] ممن يعتق عليه، لكان القول قول الوكيل؛ لأنه ادعى عليه عمارة ذمته، فإذا حلف الوكيل لزم الموكل الشراء، وعتق عليه العبد، وإن نكل الوكيل عن اليمين وحلف الموكل، لم يلزمه هذا العقد، وعتق العبد على الوكيل قولاً واحداً، لإقراره بحرية هذا العبد على الموكل، وأنه خرج من الرق بسبب أنه اشتراه غير عالم، قال ذلك بعضهم.

قوله: ﴿ وَعَلَى عِتْقِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً بِيعَ أَوْ بَعضُهُ وَعُتِقَ مَا فَضَلَ، والْوَلاَءُ للْمُوكِّلِ ﴾.

يعني: وإذا فرعنا على القول بأنه يعتق على الوكيل[9]، فإنما يعتق عليه

---

(1) ينظر: الكافي 1/ 369، والجواهر الثمينة 2/ 691.

(2) هو أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمٰن بن العاص البرقي، من أهل مصر من الطبقة الثانية ممن لم ير مالكاً، كان صاحب حلقة، يروي عن أشهب وابن وهب، وأخذ الناس عنه بمصر كثيراً، له مساع ومجالس رواها عن أشهب وأبو محمد عبد الله بن إسحاق، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (245هـ). الديباج 1/ 83.

(3) هو عبيد بن معاوية بن حكم الجفناوي، من أصحاب أصبغ بن الفرج، روى عنه يحيى بن عمر وحكى عنه مسائل، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (205هـ). ينظر: ترتيب المدارك 3/ 86.

(4) في «ق»، «ج»: (قال).

(5) (لا): سقطت من «خ».

(6) في «ق»، «ج»: (لم).

(7) ينظر: التاج والإكليل 5/ 200.

(8) في «ق»، «ج»: (بكونه).

(9) في «خ»: (الموكل).

إن كان موسراً بمثل ثمنه، فإن كان معسراً وفي بيع بعضه الآن ما يفي بثمنه الذي اشتراه به، فإنه يباع منه ذلك البعض، ويعتق باقيه، ويكون ولاؤه إن أعتق جميعه أو ولاء بعضه إن أعتق بعضه للموكل لا للوكيل[1] ـ وهذا ظاهر المعنى ـ وقد دلّ كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بحسب مفهوم الشرط[2]، أن الوكيل لو اشترى من قرابة موكله من يعتق على الموكل وهو غير عالم، فإنه يعتق على الموكل، وكذلك هو المنصوص في «المدونة»[3][4]، غير أن في ذلك إشكالاً، وهو أن يقال: عقد الوكالة إما أن يتضمن قرابة الموكل أو لا، فإن تضمنهم صح ذلك مع علم الوكيل، ولزم البيع للموكل وعتقوا عليه، وإن لم يتضمنهم لم يصح البيع مع عدم العلم، ولا يلزم العتق. وقد خرج غير واحد خلافاً في عدم لزوم البيع إذا لم يكن الوكيل عالماً، ومنهم من استقرأ ذلك[5] من كتاب الرهن من «المدونة»، وفيه نظر.

قوله: ﴿ الْعَاقِدَانِ ﴾.

لا خفاء أن مراده بالعاقدين هو الموكل والوكيل؛ لأن الوكيل كالواهب والمعير، والموكل كالموهوب له وكالمستعير إن كانت الوكالة بلا عوض، وإن كانت بعوض فالوكيل أجير، والموكل مستأجر.

قوله: ﴿ ومَنْ جَازَ أَنْ يَتَصرَّف لِنَفسِهِ جَازَ أَنْ يُوكِّلَ وَيَتَوَكَّلَ؛ إلاَّ لِمَانِعٍ ﴾.

قد تقدم قبل هذا من الكلام على المحجورين، ومن يستحق أن يحجر عليه، [و][6] من هو الذي يجوز له أن يتصرف لنفسه، ومن لا يجوز له أن يتصرف لنفسه، فلذلك حَسُن من المؤلف رَحِمَهُ اللهُ أن يجعل السبب والطريق إلى معرفة من يوكل أو يتوكل، من يجوز له أن يتصرف لنفسه[7]. ولما كان

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 691.

(2) مفهوم الشرط: هو ما دخل عليه شيء من الأدوات المخصوصة الدالة على سببية الأول ومسببية الثاني. ينظر: إرشاد الفحول 1/ 307.

(3) في «ج»: (في المذهب).

(4) ينظر: المدونة 12/ 125.

(5) (ذلك): سقطت من «خ».

(6) ما بين معقوفين زيادة رأيت أنها ضرورية لاستقامة النص.

(7) ينظر: الكافي 1/ 394، والجواهر الثمينة 2/ 277، والذخيرة 8/ 5.

التوكيل والتوكل راجعين إلى العارية والإجارة، كما قلناه الآن، ولا يجوز إلا ممن يجوز له التصرف لنفسه، جعلهما أو جعل لازمهما سبباً لصحة التوكيل والتوكل.

فإن قلت: ظاهر كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ على ما قلته من جعل جواز التصرف للنفس سبباً لصحة التوكيل والتوكل إلا لمانع؛ إلا أن ذلك مشكل؛ لأن هذا السبب قد يفقد ويبقى مسببه وهو جواز التوكيل، ألا تراه قد أجاز في «المدونة» وكالة العبد على السَّلم؛ أعني: أن يكون وكيلاً لغيره. قال: «سواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه»[1].

قلت: لا شك أن معنى مسألة «المدونة» عند الجميع أن ذلك مشروط بإذن سيد العبد، وعلى هذا التقدير فلا إشكال؛ لأنه يصدق كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ على هذه الصورة، فكما يجوز له أن يتصرف في ماله بأن يسلمه بإذن سيده، فكذلك يجوز له أن يوكل أو يتوكل على السلم بإذن سيده، وفي كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ حذف في موضعين:

أحدهما: في صلة المبتدأ إن عدت (من) موصولة، أو في خبرها إن عدتها شرطية، وذلك المحذوف هو مجرور وشبهه؛ أي: ومن جاز له أن يتصرف لنفسه في شيء ما.

والمحذوف الثاني: في الخبر إن عددت (من) موصولة، أو في جوابها إن عدتها شرطية، وتقديره: جاز له أن يوكل أو يتوكل في ذلك الشيء.

قوله: ﴿وَفِيهَا لاَ يُوَكَّلُ الذِّمِيُّ عَلَى مُسلِمٍ مِنْ بَيعٍ أو شِرَاءٍ أو يُبْضِعُ مَعَه، وَكَرِهَهُ ولَوْ كَانَ عَبداً﴾.

لما استثنى المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في المسألة السابقة فقال: إلا لمانع. احتاج أن يبين ذلك المانع ما هو، فذكر مسألة «المدونة» هذه ـ ومعناها ظاهر ـ غير أن ليس فيما بين أيدينا من المختصرات[2] هذا اللفظ عن «المدونة» في كراهة

---

(1) المدونة 9/ 51.

(2) هناك عدة مختصرات للمدونة منها: البراذعي المسمى «تهذيب المدونة»، و«مختصر ابن أبي زيد القيرواني»، و«مختصر حمديس بن إبراهيم اللخمي»، وغيرها من المختصرات. ينظر: أبجد العلوم 2/ 413، وتاريخ التراث العربي 2/ 141.

توكيل الذمي على المسلم، وإنما فيها كراهية أن يكون وكيلاً للمسلم في تقاضي ديونه[1]، وتأول ذلك بعض الشيوخ على نحو ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ ولا يبعد عن أصول المذهب، ويحتمل أن يكون منعه لذلك خشية أن يعمل بالربا، وهو الذي يعطيه قوة كلامه هناك. وخرج بعض المختصرين لـ«المدونة»، بأن توكيل الذمي على البيع والشراء لا يجوز عند مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]. وكما يكره للمسلم أن يوكل الذمي، على ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ فكذلك يكره للمسلم أن يتوكل للذمي، وسيأتي ـ إن شاء الله ـ في الوصايا الكلام على إيصاء المسلم ذمياً على ولده.

قوله: ﴿ وَلاَ يُوَكَّلُ عَدوٌّ عَلَى عَدُوِّهِ ﴾.

يعني: لما في ذلك من الإضرار على من عليه الدين، وشبهه[3]، وقد تقدم الكلام على جواز بيع الدين من العدو، وهل يفسخ إذا وقع.

قوله: ﴿ وَيَمْلِكُ الْوَكِيلُ: الْمُطَالَبَةُ بِالثَّمَنِ وَقَبْضِه، وَقَبْضَ المَبِيعِ، والرَّدَّ بِالْعَيبِ ﴾.

يعني: أن عقد الوكالة على البيع يستلزم أن يكون للوكيل المطالبة بثمن ذلك المبيع وقبض ذلك الثمن، وكذلك الوكالة على الشراء، تستلزم قبض ما اشتراه، وهو مراده **بقوله: (وقبض المبيع)**. وكذلك تستلزم هذه الوكالة أن يكون للوكيل الرد بالعيب، وهذا كله في الوكالة المطلقة، وأما في[4] الوكالة المقيدة، فيكون للوكيل ما قيده له الموكل لا يتعداه[5].

قوله: ﴿ فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيبِ كَانَ لَهُ وَلاَ رَدَّ إِلاَّ فِي الْيَسِيرِ، وَشِرَاؤُهُ نَظرٌ ﴾.

نظراً لما قدم فوق هذا أن للوكيل الرد بالعيب، ومعناه: فيما وكِّل على شرائه من غير المعين، مما لم يطلع الوكيل على العيب فيه إلا بعد عقده[6]

---

(1) ينظر: المدونة 9/ 50.

(2) ينظر: المدونة 9/ 50، والتفريع 2/ 319، والجواهر الثمينة 2/ 278.

(3) ينظر: المدونة 14/ 452، وفتاوى ابن رشد 2/ 1235، والجواهر الثمينة 2/ 678.

(4) «في»: سقطت من (خ).

(5) ينظر: الكافي 1/ 294، والجواهر الثمينة 2/ 683.

(6) في «ق»، «ج»: (عقدة).

البيع، فيكون له الرد كما يكون له فيما اشتراه لنفسه، ذكر المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا قسيم ذلك، وهو أن يشتري الوكيل المعيب عالماً بعيبه، فإذا اشتراه كذلك لزم الوكيل، وعليه يعود الضمير المجرور من **قوله**: **(كان له ولا رد)**.

فإن قلت: إلى ماذا يرجع الاستثناء؟

قلت: إلى قوله: كان له؛ أي: أن الوكيل على شراء ما ليس بمعين فاشتراه معيباً، يكون له لازماً لا للموكل؛ إلا بشرطين[1]:

أحدهما: أن يكون ذلك العيب يسيراً.

والثاني: أن يكون شراؤه نظراً للآمر.

فإن اختل الشرطان أو أحدهما، لزم ذلك الشيء المشتري للوكيل وحده، ولا يلزم الآمر. وقولنا: إنهما شرطان. مجاز طلباً لزيادة البيان، والأقرب إلى مراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ وعلى عادته في غير هذا الموضع؛ أنه شرط واحد، ولذلك جعل ما عددناه شرطاً ثانياً جملة حالية من الشرط الأول، وأدخل عليه واو الحال، والأمر في هذا وشبهه قريب. وحيث قلنا في هذه السلعة المعينة أنها لازمة للمأمور، فإنما معناه: أن الآمر لم يشأ أخذها، فأما لو أراد أخذها فهي له؛ لأن المأمور اشتراها له. قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في «المدونة»: وإن أمرته بشراء سلعة فابتاعها معيبة، فإن كان عيباً خفيفاً يغتفر مثله، وقد كان شراؤها فرصة لزمك، وإن كان عيباً مفسداً لم يلزمك؛ إلا أن تشاء، وهي لازمة للمأمور[2].

قوله: ﴿فَلَو عَيَّنَهُ الْمُوَكِّلُ فَلاَ رَدَّ لِلْوَكِيلِ، وَقَالَ أَشْهَب: لَهُ الرَّدُّ﴾.

يعني: أن ما قدمه فوق هذا هو في الوكالة على شراء ثوب أو عبد ـ مثلاً ـ غير معين: كما فسرنا كلامه، ولو وكله على شراء ثوب معين، أو عبد كذلك، فاطلع على عيب بعد الشراء، فذكر المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ قولين[3]:

أحدهما: أن لا رد للوكيل، والنظر في رد المبيع وقبوله للآمر وحده.

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 683، والذخيرة 8/ 11.

(2) ينظر: المدونة 10/ 244.

(3) ينظر: المدونة 10/ 252، والجواهر الثمينة 2/ 683.

والقول الثاني: ونسبه لأشهب: أن للوكيل القبول والرد[1].

فيتحصل في نقله أولاً وآخراً، أن الوكالة إن كانت على شراء معين، فاطلع الوكيل على عيب، كان له الرد، وإن كان على معين فهل له الرد أو للموكل[2]؟ في ذلك قولان. والمسألة في المذهب على العكس، إن كانت السلعة التي وكِّل على شرائها معينة، فالخيار للآمر وحده، وليس للمأمور معه كلام. وقال بعض كبار الشيوخ: واتفق المذهب على ذلك. وإن كانت غير معينة، فهاهنا قولان مشهوران. وهذه الطريقة التي سكلها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في النقل هنا، هي طريقة الشافعية في حكاية مذهبهم. قال في «المدونة»: وإن وجد الوكيل عيباً بالسلعة بعد الشراء، وقد أمره بشرائها بعينها، فلا رد له، إذ العهدة للآمر، وإن كانت بغير عينها، فللمأمور الرد، ليس لأن العهدة له دون الآمر؛ ولكن ضمانه للمخالفة الصفة وهو عالم، وأمكنه الرد. قال أشهب: وإن كانت موصوفة فالآمر مقدم في الرضى أو الرد، وله أن يأخذها بعد رد المأمور إياها، إذا لم يجز ردها، وإن فاتت ضمنها المأمور؛ لأنه متعد في الرد لسلعة قد وجبت للآمر[3]. وقال ابن القاسم: «وهذا كله في وكيل مخصوص، فأما المفوض إليه فيجوز جميع ما صنع من إقالة أو رد بعيب ونحوه، على الاجتهاد بلا محاباة»[4]. قال الشيخ أبو عمران[5]: إذا كان إمساك هذه السلعة يوجب الضمان على مذهب ابن القاسم، وردها يوجب الضمان على مذهب أشهب، والحيلة في التخلص منه أن يرفع إلى الحاكم، فيحكم بأحد المذهبين، فيسقط عنه الضمان[6].

---

(1) ينظر: الذخيرة 8/ 11.

(2) في «خ»: (للوكيل).

(3) ينظر: المدونة 10/ 252.

(4) المدونة 10/ 252.

(5) هو أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الفاسي، الفقيه القيرواني، استوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم، تفقه بأبي بكر الباقلاني والقابسي وغيرهما. له كتاب «التعليق على المدونة»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (430هـ) بالقيروان. ينظر: سير أعلام النبلاء 17/ 546، والديباج 1/ 344.

(6) ينظر: مواهب الجليل 5/ 195.

قوله: ﴿ وَيُطَالَبُ بالثمَنِ، وَالْمُثمَنِ مَا لَم يُصَرِّح بِالبَرَاءَةِ ﴾.

يعني: أن الوكيل على الشراء من حق البائع أن يطالبه بثمن ما اشتراه منه، وكذلك الوكيل على البيع من حق المشتري أن يطالبه بدفع المبيع له، ولا ينجيه علم البائع في الأولى، ولا علم المشتري في الثانية، أن هذا وكيل، ولا التصريح بالوكالة حتى يصرح بأنه لا شيء عليه من دفع الثمن، ولا من دفع المبيع، والأصل عند أهل المذهب أن قابض عوضٍ مّا يلزمه دفع عوضه، فقابض المبيع يلزمه دفع عوضه وهو الثمن، وقابض الثمن يلزمه دفع عوضه، وهو المبيع، بخلاف الولي غير الجابر في النكاح، وقد تقدم محله. قال مالك رَحِمَهُ اللهُ في «المدونة» في كتاب العيوب: (ومن ابتاع سلعة لرجل، فأعلم البائع أنه إنما اشتراها لفلان، فالثمن على الوكيل نقداً أو مؤجلاً، حتى يقول له في العقد: إنما ينقدك فلان دوني. فالثمن على الآمر حينئذ)[1]. ومثله في كتاب «ابن المواز»[2]، وزاد: إلا أن يقر الآمر، فيتبع أيهما شاء؛ إلا أن يقول: كنت قد[3] دفعت الثمن للمأمور، فليحلف ويبرأ ويتبع المأمور[4]. ولم يذكر هل قبض الآمر المبيع أو لم يقبضه، وهذا الذي قاله المؤلف رَحِمَهُ اللهُ في هذا الموضع، والذي حكيناه عن «المدونة» وكتاب «ابن المواز» هو أصل المذهب؛ لكن وقع في كتاب السلم الثاني من «المدونة» عن مالك رَحِمَهُ اللهُ: أن من أمر رجلاً يأخذ له سلماً من آخر فإنه يلزمه. قال: فإن شرط عليك المبتاع أنه إن لم يرض الرجل فالسلم عليك، جاز. قال: وكذلك إن ابتعت لرجل سلعة بأمره من رجل يعرفه، فاشترط عليك البائع أن الرجل إن أقر له بالثمن؛ وإلا فهو عليك نقداً أو إلى أجل، فلا بأس بذلك[5]. وظاهر هذا أن المطالب

---

(1) ينظر: المدونة 10/ 354.

(2) الموازية: كتاب في الفقه لأبي عبد الله محمد بن إبراهيم الإسكندراني المعروف بابن المواز (ت269هـ) وهي من أجلِّ ما ألّف المالكيون وأصح الكتب عندهم، ورجحها بعضهم على سائر الأمهات، ورد ذكرها في هذا الشرح أحياناً باسم كتاب «محمد»، وأحياناً بـ«الموازية». ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 148.

(3) (قد): سقطت من «ق»، «ج».

(4) ينظر: التاج والإكليل 5/ 195.

(5) ينظر: المدونة 9/ 49

بالعوض في المسألتين إنما هو الموكل لا الوكيل، وإنه لا يلزم الوكيل إلا بشرط، على أن أشهب وسحنون قد خالفا في مسألة السلم، وقالا: إنها لا تجوز. ولقولهما وجه، ولابن القاسم في غير مسألة ما يشبهه، ويتعلق بمسألة «المدونة» هذه كلام يطول تركناه لذلك. قال في كتاب «محمد»: «وإن قال: فلان بعثني إليك لتبيعه، فهذا كالشرط، ولا يتبع إلا فُلاناً، فإن أنكر فلان غرم الرسول رأس المال»[1]. قال أشهب في كتاب «محمد» أيضاً: ولو قال: بعثني إليك لأشتري منك أو لتبيعني. فالثمن على الرسول. ولو أقر بذلك المرسل فلا يبرأ، وكان ذلك عليهما.

قوله: ﴿ وَالْعُهْدَةُ عَلَيْهِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ بِالوَكَالَةِ أَوْ يُعْلم فَيُطَالِبُ مَوكِّلَهُ بِمَا يَلْزَمُهُ ﴾.

يعني: أن تبعات المبيع وثمنه من عيب أو استحقاق أو شبه ذلك لازمة للوكيل؛ إلا أن يصرح بالوكالة، أو يَعلم البائع من الوكيل أو المشتري أن من تولى العقد معه وكيل تولى العقد ثانياً عن غيره[2]. وجَعَلَ الآمر في العهدة أخف منه في الثمن؛ لأنه جعل الوكيل مطلوباً بالثمن، ولا ينجيه منه إلا التصريح بالبراءة، ولا يكفيه التصريح بالوكالة، وفي العهدة اكتفى بالتصريح بالوكالة في سقوط العهدة، وزاد فألحق بذلك علم البائع أو المشتري بالوكالة، وفي التحقيق لا فرق بين المطالبة بالثمن ولا بين العهدة، سوى[3] أن الطلب بالثمن أو المثمن لا بد منه، وقد لا يظهر في المبيع عيب ولا يطرأ استحقاق. قال في «المدونة» عن ابن القاسم: ومن باع لرجل سلعة بأمره من رجل، فإن أعلمه في العقد أنها لفلان فالعهدة على ربها، فإن ردت بعيب فعلى ربها تُردُّ، وعليه اليمين لا على الوكيل، وإن لم يعلمه أنها لفلان حلف الوكيل، وإلا ردَّت السلعة عليه[4]. ويريد به كما تقدم أنه في الوكيل المخصوص، وأما في الوكيل المفوض إليه أو الوصي، فإنه يتبع بذلك كما يتبع بما تولى البائع

---

(1) التاج والإكليل 5/ 195.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 136، والجواهر الثمينة 2/ 682.

(3) في «ج»، «خ»: (سواء).

(4) ينظر: المدونة 10/ 353.

المعاملة فيه. وذكر ابن المواز أن قول مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ اختلف في الوكيل على البيع يبين أن المبيع لغيره، فقال مرة: يحلف. وقال مرة: إذا بيَّن لم يحلف؛ إلا أن يكون مثل هؤلاء النخاسين والمنادين بالجعل ومن يبيع في المواريث، فلا تباعة عليهم[1]. وأما قول المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فيطالب موكله بما يلزمه. فيعني به: أن الوكيل إذا صرح بالوكالة، أو علم من يتولى المعاملة معه بوكالته، فقد سقط الطلب عنه، ويطالب موكله بلواحق البيع من استحقاق أو عيب، وهذا الكلام كالنتيجة عما استثناه المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ بقوله: ما لم يصرح بالبراءة[2] أو يعلم. ولذلك أدخل الفاء الدالة على السببية[3].

قوله: ﴿وَلَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ رَجَعَ عَلَى مُوَكِّلِهِ﴾.

يحتمل أن يريد أن الوكيل على البيع إذا باع السلعة التي وكِّل على بيعها، وقبضَ ثمنها، فضاع من يده من غير تعدٍّ، ثم اطلع المشتري على عيب تُرد منه تلك السلعة، أو استحقت من يد المشتري حتى وجب له الرجوع بالثمن، فإنه يرجع على الموكل ولا يرجع على الوكيل[4]، وعلى هذا التقدير، يكون فاعل: (رجع) ضميراً عائداً على المشتري، يُعلم من السياق، أو تضبط لفظة: (رجع) بضم الراء وكسر الجيم على ما لم يسم فاعله؛ إلا أن هذا الوجه بعيد عن كلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ لعدم فائدته؛ لأنه داخل تحت المسألة السابقة ويستغنى بها عنه، والأقرب أنه يريد مسألة «المدونة»، فيمن وُكِّل على شراء سلعة ولم يدفع إليه الموكل ثمناً، فاشتراها، ثم أخذ الثمن من الآمر ليدفعه إلى البائع فضاع، فإنه يلزم الآمر غرمه ثانية، قاله مالك. وقال ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيها: وإن ضاع مراراً حتى يصل إلى البائع[5]. ولكنه إن أراد المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذه المسألة، فيكون أخلَّ بنقل أحد وجهيها، وهو ما إذا كان الآمر قد دفع إليه الثمن قبل الشراء فضاع، فإنه لا يلزم الآمر غرم الثمن ثانية إن أبى.

---

(1) ينظر: المدونة 10/ 353.
(2) (بالبراءة): سقطت من «ق»، «ج».
(3) في «خ»: (التشبيه)، وفي «ج»: (السبب).
(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 688، والذخيرة 8/ 16.
(5) ينظر: المدونة 10/ 246.

قال في «المدونة»: لأنه مالٌ بعينِه ذَهَبَ، بخلاف الأول[1]. هذا معنى ما ذكره في كتاب الوكالات. وقال في كتاب القراض عن بعض المدنيين[2] في الوجه الأول من هذه المسألة: «إنه لا يلزم الموكل غرم الثمن ثانية»[3]. فأحرى أن يقول ذلك في الوجه الثاني من المسألة. وحكى الشيخ أبو محمد عن المغيرة[4]، في الوكيل على شراء سلعة بثمن دفعه إليه، أو قال له: اشتر ثمَّ أنقدك ذلك. سواء، ويلزم الآمر غرم الثمن ثانية[5]. فهذه ثلاثة أقوال: قول المغيرة هذا، وهو مقابل لقول بعض المدنيين، وقول مالك رَحِمَهُ اللهُ وابن القاسم في «المدونة» في التفصيل، وحيث ألزم ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ الموكل غرم الثمن ثانية فأكثر، فقال ابن المواز ـ متمماً لكلامه ـ: «لو تلفت السلعة التي اشترى لوجب على الآمر غرم الثمن، ثم إن ضاع غرمه أيضاً حتى يصل إلى البائع»[6]. والأقرب عندي مذهب المغيرة؛ لأن الثمن في ذمة الموكل، والوكيل أمين له، أما إنه في ذمة الموكل فلأن الدراهم والدنانير لا تتعين، ولو عينت لم يجز حتى يشترط المشتري خلفها، هكذا حكمها في ظاهر المذهب فيما بين المتبايعين، وأحرى فيما بين الموكل والوكيل، وأما إن الوكيل أمين للموكل فباتفاق، فمسألة «المدونة» هذه هي التي تقرب من كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ لكنه أخل[7] بأحد وجهيها، ويذكر الخلاف الذي فيها مع شهرته.

وقال ابن القاسم في «العتبية» في المبضع معه في شراء جارية من

---

(1) ينظر: المدونة 10/ 246.

(2) المراد بهم: ابن كنانة وابن نافع ومحمد بن مسلمة وعبد الملك بن الماجشون ومطرف بن عبد الله ونظراؤهم. ينظر: التعريف بالرجال المذكور في جامع الأمهات ص288.

(3) المدونة 12/ 123.

(4) هو المغيرة بن عبد الرحمن بن الحارث المخزومي المدني، سمع من مالك وأبي الزناد وغيرهما، وروى عنه جماعة؛ كمصعب بن عبد الله، عرض عليه الرشيد القضاء فأبى، دارت عليه الفتيا بالمدينة بعد مالك بن أنس، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (188هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص152، والديباج 1/ 347.

(5) النوادر والزيادات 7/ 220.

(6) النوادر والزيادات 7/ 221.

(7) في «خ»: (أخذ).

طرابلس[1]، فابتاعها وقال لربها: سأنقد لك الثمن. وبعث بها، ثم تلف الثمن، فإن كان رجع في طلب الثمن عندما ابتاع، فإن لم تفت الجارية بِحَمْلٍ خُيِّر الآمر في غرم الثمن ثانية وأخذها، أو ردها للمأمور، وإن حملت كانت للآمر بلا ثمن، وعلى المأمور غرم الثمن، ولو فرَّط في دفع الثمن طويلاً، ما في مثله تعريض للتلف، فعليه غرمه، والسلعة للآمر. قال: كقول مالك رحمه الله في الرسول يأتي بمال يدفعه إلى رجل، وقَدِم فلم يدفعه، ثم زعم أنه هلك، فإن هلك عند قدومه بما لا يُعدُّ به مفرطاً لم يضمن، وإن طال حبْسه حتى عرَّضه للتلف، فهو ضامن[2].

قوله: ﴿ ولَوْ سَلَّمَ الْمَبِيعَ وَلَمْ يُشهِدْ فَجَحدَ الْمُشتَرِي الثَّمَنَ ضَمِنَ ﴾.

يعني: أن الوكيل على البيع إذا باع ولم يُشهد المشتري بتمام البيع وسلَّم إليه المبيع فقبضه منه وأنكر المشتري، فإن الوكيل يضمن[3]. وقد زاد المؤلف رحمه الله هنا لفظة (الثمن) وهي توجب تشويشاً في فهم السامع، وليست هذه اللفظة مذكورة في المسألة عند جميع من تكلم عليها فيما علمت، وإثباتها يعني أنه لو جحد أصل الشراء لما كان على الوكيل ضمان ولو سلَّم المبيع. وليس كذلك في المنصوص للمتقدمين على ما ستقف عليه، ولو أخَّر لفظة (الثمن) فأتى بها بعد لفظة: (ضمن) لاستقام كلامه على مذهب بعض الشيوخ في فهم مسألة «المدونة»، وذلك أن ابن القاسم رحمه الله قال فيها: وإن وكَّله على بيع سلعة فباعها ولم يُشهد على المشتري، أنه ضامن؛ لأنه أتلف الثمن إذ لم يشهد[4].

قال: وقد قال مالك رحمه الله فيمن أبضع معه ببضاعة ليوصلها إلى رجل، فذكر أنه أوصلها، وأنكر المبعوث إليه أن تكون وصلت إليه، فإن الوكيل

---

(1) طرابلس الغرب، ويقال لها: أطرابلس ومعناها بالرومية والإغريقية المدن الثلاث، بناها الرومان على شاطئ البحر، فتحها عمرو بن العاص بعد أن حاصرها شهرين، وهي من أكبر مدن ليبيا حالياً. ينظر: معجم البلدان 4/ 25.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 181، 182.

(3) ينظر: المدونة 10/ 244، والتفريع 2/ 316، والكافي 1/ 397، والبيان والتحصيل 8/ 100، والجواهر الثمينة 2/ 682، والذخيرة 8/ 101.

(4) ينظر: المدونة 12/ 123.

ضامن إن لم يُشهد[1]. وقد قال بعض الأشياخ: إن العادة في عقود البيعات ترك الإشهاد، فلا يضمن الوكيل بترك الإشهاد على عقد البيع، ولا مطالبة عليه إذا كانت السلعة الموكل عليها باقية في يديه؛ لكنه إن سلَّمها كان كالمتلف لها فيضمن[2]. واختلفوا في ضمانه، فقال الشيخ أبو محمد: يضمن قيمة السلعة. وظاهر ما حكى عن ابن شبلون[3] أنه يضمن الثمن. وهو أقرب إلى لفظ «المدونة» حيث قال: «إنه ضامن؛ لأنه أتلف الثمن»[4]. فعلل ضمانه بإتلافه الثمن، وقد وقع في كتاب «ابن المواز» وغيره ما يدل على صحة قول ابن شبلون. وقال غيرهما من الشيوخ: إنه يضمن الأقل من الثمن أو القيمة، فإن كانت القيمة هي الأقل ضمنها؛ لأنه إنما وقع التعدي في تسليم السلعة من غير إشهاد، لا في ترك الإشهاد بالعقد، وإن كان الثمن أقل لم يضمن غيره، لأجل أن الموكل لزمه أخذه. وذهب ابن الماجشون في مسألة البضاعة[5] التي استشهد بها في «المدونة»، إلى أن الوكيل لا يكون متعدياً بترك الإشهاد.

قوله: ﴿ وَلَوْ قبض[6] الثَّمَنَ فَكَذَلِكَ، وقِيلَ: إلاَّ أَنْ تَكُونَ الْعَادَةُ التَّرْكَ ﴾.

يعني: فلو دفع الوكيل ثمن ما اشتراه الموكل، أو ما تولى هو شراؤه للموكل، فدفع ذلك بغير شهادة، فإنه يضمن للموكل ما دفعه بغير شهادة[7]. وأما قول المؤلف رحمه الله: وقيل إلى آخره، فهذا قول ثان ذكره غير واحد، وأشار بعض الشيوخ إلى أنه لا يُختلف في سقوط الضمان إذا كانت العادة ترك الإشهاد، وإنما يُختلف إذا كانت العادة بالأمرين معاً، الإشهاد وعدمه، أو لم

---

(1) ينظر: المدونة 10/ 244.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 692، والذخيرة 8/ 16.

(3) هو أبو القاسم عبد الخالق بن خلف بن شبلون بن أبي سعد، كان الاعتماد عليه في الفتيا والتدريس في القيروان بعد ابن أبي زيد. ألّف كتاباً سماه «المقصد»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (391هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص163، وشجرة النور ص97.

(4) المدونة 10/ 244.

(5) في «خ»: (الصناعة).

(6) في «خ»: (أقبض).

(7) ينظر: المعونة ص1241، والكافي 1/ 397.

تكن عادة البتة[1]. وبالجملة حيث لم تنضبط العادة بشيء فهذا عنده موضع الخلاف، وقيل في الوكيل على دفع مطالب مخزنية (كذا) يدفع بغير بينة، أنه ضامن. وعدَّ هذا بعضهم تقييد للمشهور، ولعل هذا إن صح يكون حيث جرت العادة بترك الإشهاد.

قوله: ﴿ وَلَوْ قَالَ قَبَضْت الثَّمَنَ وَتَلِفَ بَرِئَ، وَلَمْ يَبْرَأْ الْغَرِيمُ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ، إلاَّ فِي الْوَكِيلِ الْمُفَوَّضِ ﴾.

يعني: لو قال الموكِّل[2]: قبضت ثمن ما تولى الوكيل[3] بيعه؛ لكن ضاع مني، فلا غرم على الوكيل، وهو مراد المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بقوله: برئ. لكن لا يبرأ المشتري إلا ببينة تشهد له بمعاينة الدفع للوكيل[4]. وإنما ترك المؤلف رَحِمَهُ اللهُ ذكر المعاينة؛ لأنه معلوم من كلامه، إذ لو لم تشترط المعاينة فيما تشهد به البينة في هذه المسألة، لكان إقرار الوكيل مقبولاً، والفرض عدم قبوله، ثم استثنى المؤلف رَحِمَهُ اللهُ من الاستثناء فقال: إلا في الوكيل المفوض؛ أي: فإنه يبرأ؛ لأن إقراره مقبول، فلا يحتاج إلى معاينة البينة، وفي معنى الوكيل[5] المفوض إليه الوصي[6]. قال مطرف[7] رَحِمَهُ اللهُ: «وإذا أدى الغريم ما كان عليه، فله أن يرجع على الوكيل؛ لأنه فرَّط في دفعه حتى ضاع. وقال ابن الماجشون: لا يرجع بشيء حتى يعلم من الوكيل تفريطه، وهو اختيار ابن حبيب»[8]. وعن ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ في المأمور بدفع ثوب[9] إلى صباغ، فقال

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 692، والذخيرة 8/ 17.

(2) في «خ»، «ق»: (الوكيل).

(3) في «خ»، «ق»: (الموكل).

(4) ينظر: المعونة ص1241، والقوانين الفقهية ص 216، وحاشية العدوي 2/ 458.

(5) (أي فإنه... معنى الوكيل): سقطت من «ج».

(6) (الوصي): سقطت من «ج».

(7) هو أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان المدني، قال: صحبت مالكاً عشرين سنة، وتفقه به وبعبد العزيز بن الماجشون وابن أبي حازم وابن دينار وابن كنانة وابن المغيرة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ بالمدينة سنة (220هـ). ينظر: طبقات الشيرازي 1/ 153، والديباج 1/ 10.

(8) النوادر والزيادات 7/ 230.

(9) في «ج»: (يدفع ثوباً).

دفعته إليه. وأنكر الصبَّاغ، فإن لم يُقم الرسول بيّنة ضمن، ولو قال الصباغ: قبضته منه وضاع منه ـ وهو عديم، ولا بيّنة بالدفع إليه ـ فالصباغ ضامن، ويبرأ المأمور»[1].

قوله: ﴿ وَلَوْ أَنْكَرَ الْوَكِيلُ قَبْضَ الثَّمَنِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ، فَقَالَ: تَلِفَ أَو رَدَدْتُهُ. لَمْ يُسْمَعْ وَلاَ بَيِّنَتُهُ لأَنَّهُ كَذَّبَهَا ﴾.

يعني: أن الموكل إذا طولب من وكيله الذي وكله على قبض ثمن المبيع أن يدفع له ما قبضه، فقال: لم أقبض شيئاً. فأقام الموكل البينة على صحة دعواه، فقال الوكيل: تلف ما قبضته، أو رددته إلى من دفعه إليَّ. لم يلتفت إلى قوله؛ لأن إنكاره القبض أولاً مستلزم لكذبه فيما ادعاه الآن[2]، وكذلك إن أحب الوكيل أن يقيم البينة على تلف ما ذكر أنه تلف، أو على أنه ردَّه لأجل عيب اطلع عليه فيما قبض، لم يلتفت إلى تلك البينة؛ لأنه بإنكاره الأول مكذب لهذه البينة، وكأنه قال أولاً: لم يتلف شيء، ولم أرد شيئاً. وقيل في هذا الأصل: أن البينة مقبولة، وسيأتي الكلام على ذلك إن شاء الله ـ تعالى ـ في كتاب الوديعة.

قوله: ﴿ وَكَذَلِكَ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ مِثْلُهُ ﴾.

يعني: أن من طُولب بدين فأنكره، فأقام المدعي بيّنة على صحة دعواه، فادعى المطلوب أنه دفع ذلك الدين إلى ربه، أو أحب أن يقيم بينة على صحة دفعه، فهي أيضاً مثلها، والخلاف فيها واحد.

قوله: ﴿ وَقَيِّمُ الْيَتِيمِ لاَ يُصدَّقُ فِي الدَّفْعِ ﴾.

يعني: أن الوصي على اليتيم أو المُقدَّم عليه من قِبَل القاضي لا يصدق في أنه دفع لليتيم ماله بعد رشده[3]؛ لأن الله ـ تعالى ـ أمر بالإشهاد على ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: 6] ثم قال الله

---

(1) النوادر والزيادات 7/ 231، والبيان والتحصيل 8/ 149.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 236، والبيان والتحصيل 8/ 114، والجواهر الثمينة 2/ 693، والذخيرة 8/ 18.

(3) ينظر: البيان والتحصيل 13/ 49، والجواهر الثمينة 2/ 692، والتاج والإكليل 5/ 210.

ـ تعالى ـ بعد ذلك: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: 6] فلو كان قول الوصي مقبولاً في الدفع، لما احتيج إلى إقامة البينة، وجعل أهل المذهب هذه الآية أصلاً في كل من ادعى الدفع إلى غير اليد التي دفعت إليه، وهذا القدر من الاستدلال كافٍ إن لم يكن في المسألة خلاف؛ وإلا فلا يبعد تأويل الآية؛ ولكنَّ مجرد الخلاف لا يوجب ترك إعمال ظاهر الدليل، وإنما يُترك مقتضى الظاهر لمعارضة دليل راجح عليه. قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب «ابن المواز»: فإن طال الزمان فيما بين رشدهم وقيامهم على الوصي مثل ثلاثين سنة وعشرين سنة يقيمون لا يطالبونه ولا يسألونه عن شيء، ثم يطلبونه الآن، فإنما عليه اليمين لقد دفع إليهم أموالهم[1]. ونحو ذلك في «العتبية»[2]. وقال ابن زرب[3]: «إذا قاموا بعد العَشْر أو الثَّمان، لم يكن لهم قِبله[4] إلا اليمين»[5]. قال مالك في «المدونة»: «ولو قال: أنفقت عليهم وهم صغار. فإن كانوا في حجره يليهم، فالقول قوله إن لم يأت بأمر يستنكر أو بسرف من النفقة»[6]. قال ابن المواز: «إن كانوا في عياله أو كانوا عند غيره، وكان يُرى ينفق عليهم ويكسوهم، فإنه يُنظر فيما زعم أنه أنفق في تلك المدة، فإن كان سداداً أو الزيادة اليسيرة حلف وكان مصدقاً، وإن جاء بسرف لم يُحسب له من ذلك إلا السداد، كما لو كان على السرف بيّنة»[7]. وحكاه عن مالك وابن القاسم. وفي «المدونة» ـ أيضاً ـ وفي كتاب «ابن المواز»: «إن كان يلهيهم

---

(1) (أموالهم): سقطت من «خ».

(2) ينظر: البيان والتحصيل 13/ 49، والذخيرة 7/ 180.

(3) هو محمد بن يبقى بن محمد بن زرب بن يزيد بن مسلمة القرطبي، الفقيه المجتهد، كان عالماً بالعربية والحساب، سمع من قاسم بن أصبغ، وبه تفقه ابن مغيث وابن الحذاء، ولي قضاء الجماعة. ألّف كتاب «الخصال على مذهب مالك»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (318هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 16/ 411، والديباج 1/ 268.

(4) في «خ»: (له قبلهم).

(5) البيان والتحصيل 13/ 50.

(6) المدونة 15/ 25.

(7) الذخيرة 8/ 181.

غيره مثل: أمهم أو أختهم أو غيرهن، فقال: أنفقت عليهم أو دفعت النفقة إلى من يليهم، وأنكروا، لم يصدق إلا ببيّنة؛ وإلا غرم»[1].

قوله: ﴿وَالمُصَدَّقُ فِي الرَّدِّ لَيسَ لَهُ التَّأْخِيرُ لِعُذْرِ الإِشْهَادِ﴾.

هذا الفرع لا يليق في هذا الكتاب، وإنما موضعه كتاب الوديعة، وكان المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ لمَّا رأى أن المشهور قبول قول الوكيل في دفعه للموكل ما تولى قبضه من غيره[2]، أشبه بذلك المودَّع في دعواه رد الوديعة إلى ربها إذا قبضها بغير بيّنة، وهذا الذي قلناه في الوكيل هو ظاهر كتاب الوكالات من «المدونة»، وهو أيضاً في «العتبية»[3].

والقول الثاني لمطرف: «إن كان بحضرة قبض الوكيل المال وفوره، أو بالأيام اليسيرة، فليحلف الذي وكله ويغرم الوكيل، وأما في مثل الشهر ونحوه فالوكيل مصدق مع يمينه، وإن طال ذلك جداً فلا يمين على الوكيل»[4].

والقول الثالث لابن الماجشون وابن عبد الحكم[5]: «إن كان بحضرة ذلك وقربه بالأيام اليسيرة صُدِّق الوكيل[6] مع يمينه، وإن طالب الأمر جداً صدق بغير يمين»[7].

---

(1) المدونة 15/ 25.

(2) لأن الوكيل مؤتمن، والمؤتمن مصدق فيما اؤتمن عليه ما لم يظهر دليل الخيانة، والدليل على ذلك ما في الصحيح من حديث كعب بن مالك عن أبيه قال: «إنه كانت له غنم ترعى، فأبصرت جارية لنا بشاة من غنمنا تموت فكسرت حجراً فذبحتها، فقال له: لا تأكلوا حتى أسأل النبي ﷺ فسأله فأمرهم بأكلها». صحيح البخاري 2/ 808، باب إذا أبصر الراعي أو الوكيل شاة تموت فذبحها.

(3) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 109.

(4) النوادر والزيادات 7/ 228، والبيان والتحصيل 8/ 109.

(5) هو أبو محمد بن عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن الليث الفقيه المصري، إليه انتهت رياسة المذهب بعد أشهب، روى عن ابن القاسم وابن وهب. له مصنفات في الفقه منها: «المختصران الصغير والكبير»، روى فيهما أسمعته عن مالك، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (214هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 10/ 220، والديباج 1/ 134.

(6) في «خ»: (الموكل).

(7) النوادر والزيادات 7/ 229، والبيان والتحصيل 8/ 109.

والقول الرابع لأصبغ كَلَّلهُ فرّق بين الوكيل على الشيء بعينه، فلا يصدق ويغرم ولو طال الأمر، وبين الوكيل المفوض إليه، فيحكم فيه بما قال ابن الماجشون من التفرقة[1].

قال ابن الماجشون: «ولو مات الزوج الوكيل لزوجته على قبض مال لها، أو مات وكيل غير زوج بحدثان ما جرى على أيديهما، فذلك في أموالهما إذا أنكرت الزوجة والآمِر، وعُلم القبض وجهل الدفع، وإن لم يكن بحدثان الآمر فلا شيء في أموالهما وإن لم يذكر الدفع»[2]. قال القاضي[3] ابن رشد: «ولا خلاف عندي في هذا»[4]. وكان ينبغي أن يكون للوكيل والمودع مقال في التوقف عن الدفع للآمر أو لرب الوديعة إلا بالبينة، وإن كان القول قولهما في الرد؛ لأنهما إذا أقاما البينة على الدفع سقطت عنهما اليمين؛ وإلا توجهت عليهما اليمين، فلهما في تأخير الدفع سقوط اليمين، والله أعلم.

قوله: ﴿وَالوَكِيلُ بالتَّعْيينِ لاَ يُوَكِّلُ؛ إلاَّ فِيمَا لاَ يَلِيقُ بِهِ أَوْ لاَ يَسْتَقِلُّ لِكَثْرَتِهَا﴾.

يريد أن الوكيل المخصوص على نوع ما، لا يقتضي عقد الوكالة له أن يوكل غيره على ما وكِّل هو عليه أو على شيء منه؛ إلا أن تدل قرينة على ذلك[5]، وهو الذي أراده المؤلف كَلَّلهُ باستثنائه، كمن يوكل رجلاً شريفاً معروفاً بالجلالة والفضل على بيع ثوب أو دابة، والموكل عارف بحال الوكيل، فلا شك أن مثل هذا الوكيل لا يتصرف لنفسه في مثل هذا، فكيف بالوكالة عن غيره! وكذلك من القرائن ما عطفه المؤلف كَلَّلهُ على المستثنى في قوله: **(أو لا يستقل لكثرتها)**؛ يعني: أن يوكله على بيع سلعة كثيرة ـ مثلاً ـ أو شرائها، أو النظر في أموال كثيرة، مما يجعل مثله عن النظر فيها، ويعلم

---

(1) النوادر والزيادات 7/ 229، والبيان والتحصيل 8/ 109.

(2) البيان والتحصيل 8/ 109، والنوادر والزيادات 7/ 228، 229، والمقدمات 2/ 464.

(3) (القاضي): سقطت من «ق».

(4) البيان والتحصيل 8/ 109.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 195، والبيان والتحصيل 8/ 194، والجواهر الثمينة 2/ 683.

الموكل بذلك كله، فلا يشك في العادة أن هذا الوكيل يوكل غيره؛ إلا أن هذه القرينة تسوغ له أن يجعل وكيلاً أو وكلاء ينظرون في كل ما كان له هو أن ينظر فيه، والقرينة الأولى تسوغ للوكيل أن يوكل تحته من يباشر البيع والشراء أو شبه ذلك في كل ما جعل له هو النظر فيه، ويكون للوكيل الأعلى النظر على من تحته، ثم إن كان حال الوكيل من الشرف والجلالة عادة على ما وصفناه وعلِم بذلك الموكل، فلا شك عند الشيوخ في أن للوكيل أن يوكل غيره[1]. وإن لم يعلم بذلك[2] الموكل فهل يصدق في عدم علمه أو لا يصدق؟ قطع بعضهم أنه لا يلتفت إلى قوله، وتردد في ذلك الشيخ أبو إسحاق التونسي رحمه الله.

وأشار أيضاً إلى أن حال الوكيل لو اقتضت له أن يوكل غيره لأجل ما هو عليه من الشرف؛ إلا أنه لم يكن مشهوراً بذلك، فإنه لا يكون له أن يوكل غيره؛ بل يكون رضاه بالوكالة دليلاً على التزامه القيام بما جُعِل له، وأن يتولى ذلك بنفسه[3]. ثم إن وكَّل الوكيل غيره حيث لا يكون له أن يوكل، فالمعروف من المذهب أنه متعدٍّ[4]. هكذا في «المدونة»[5] وغيرها، ووجه ذلك ظاهر؛ لأن الوكيل الأعلى لم يكن له أن يوكل الأسفل؛ لأنه تصرف في وكالته على خلاف ما أُذِن له، وأيضاً فللموكل أن يقول للوكيل: إنما وكلتك؛ لأني أعرف أمانتك وقوتك، ورضيت بذلك، ولا أرضى بأمانة غيرك. وتعلق الأغراض بأعيان الأشخاص في هذا مما يقطع به عادة.

وذكر ابن حبيب عن أصبغ رحمه الله وعمن لقيه من أصحاب مالك رحمه الله: أن الوكيل على السلم في الطعام إذا وكَّل غيره، فأسلم الوكيل الأسفل إلى ثقة وتوثق وصنع ما ينبغي، لزم ذلك الآمر ولا خيار له، ولا يكون على الوكيل

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 192، والبيان والتحصيل 8/ 194، والمقدمات 3/ 52، والجواهر الثمينة 2/ 683.

(2) (بذلك): سقطت من «خ»، «ج».

(3) ينظر: مواهب الجليل 5/ 201.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 193، والنوادر والزيادات 7/ 196.

(5) ينظر: المدونة 4/ 51.

الأعلى غرم. وذكر أيضاً من رواية ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ أن للآمر أن يجيز ذلك ويأخذ رأس المال من الوكيل الأعلى. وهذا الذي ذكره عن ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ خلاف ظاهر «المدونة»، وخلاف ما نص عليه سحنون، من أنه ليس للآمر إذا قبض المُسلَم إليه رأس المال أو فات عنده إجازة عقد الوكيل واتباع ذمة المسلم إليه، لما يدخله في فسخ الدَّيْن في الدين، ومن بيع الطعام قبل قبضه، بخلاف ما لو قبض الوكيل الطعام من المسلم إليه، أو عثر على ذلك في أول الأمر قبل دفع الوكيل رأس المال إلى المسلم إليه، فإنه يجوز للآمر الرضى بما فعله الوكيل، إذ لا يبقى في ذلك شيء من الموانع، ومسألة السَّلم هذه تكلم الشيوخ عليها بأشبع من هذا، ولم نسق كلامهم، واكتفينا منه بهذا القدر؛ لأنه كالأجنبي عن كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ. واعلم أن كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ يدل بحسب دلالة مفهوم الصفة[1] على أن للوكيل المفوض إليه أن يوكل غيره، وكذلك هو ظاهر المذهب[2]. وإن كان قد وقع في كلام بعض أكابر الشيوخ في ذلك إشارة إلى أن المذهب مضطرب فيه حتى ينص له الموكل على توكيل غيره، كالوكيل المخصوص.

قوله: ﴿وَلاَ يُوَكِّلُ إلاَّ أَمِيناً﴾.

يعني: وحيث يكون للموكل التوكيل، فلا يكون مخيراً فيمن يوكله؛ بل لا يوكل إلا الأمين، عملاً بمقتضى العادة؛ لأن العادة لم تدل إلا على هذا القدر[3]، والله أعلم.

قوله: ﴿وَلاَ يَنعَزِلُ الْوَكِيلُ الثَّانِي بِمَوتِ الأوَّلِ﴾.

وهذا الفرع أيضاً مثل الذي قبله، من حيث أنه مبني على الوجه المستثنى الذي يكون للوكيل فيه توكيل غيره، فإذا مات الوكيل الأعلى، لم

---

(1) مفهوم الصفة: هو تعليق الحكم على الذات بأحد الأوصاف. أو هو: تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانيه ليس بشرط ولا غاية. إرشاد الفحول 1/ 306؛ كتعليق وجوب الزكاة على السَّوم في قوله عليه الصلاة والسلام: «في سائمة الغنم الزكاة». أخرجه أبو داود في سننه 2/ 97، باب في زكاة السائمة.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 195، والجواهر الثمينة 2/ 683.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 215، والجواهر الثمينة 2/ 683.

يكن موته عزلاً للوكيل الأسفل؛ لأنَّا لا نجيز توكيل الأعلى إلا بإذن صريح، أو بناء على أن العادة اقتضته، حتى يصير كأن الموكل أذن فيه[1]، وعلى هذا التقدير، فالوكيل الأسفل وكيل عن الآمر الأعلى، فلا ينعزل بموت الوكيل الأعلى، كما لا ينعزل بموت الأجنبي، ولا يتخرَّج في هذا الفرع خلاف من وكيل القاضي على النظر لليتيم، فإنه فيه خلاف، هل هو نائب عن القاضي أو هو نائب عن والد اليتيم؟ وتقديم القاضي له إنما هو جبران لما أغفله الميت؛ لأنه كان حقه أن يوصي لولده قبل أن يموت، وأيضاً فإن القاضي الذي قدَّم ناظراً على اليتيم لو مات لم يكن موته عزلاً لذلك الناظر، والله سبحانه أعلم.

قوله: ﴿ وَيَنْعَزِلاَنِ بِمَوتِ الْمُوَكِّلِ، وَقِيلَ: لاَ يَنعَزِلُ الْمُفَوَّضُ[2] إلاَّ بِعَزْلِ الْوَرَثَةِ ﴾.

يعني: أن الموكل إذا مات انعزل بموته الوكيل الأعلى والأسفل معاً، وسواء كان كل واحد منهما أو أحدهما مفوضاً إليه أو مخصوصاً، وقيل: أما المفوض إليه فلا ينعزل بموت الموكل، والقول الأول هو المشهور في المذهب[3]، وحكى ابن المنذر[4] أنه إجماع من أهل العلم[5]. والقول الثاني لمطرف[6]، وقيْد كونه مفوضاً إليه ذكره بعضهم وأسقطه غيره، والصحيح ـ والله أعلم ـ هو المشهور؛ لأن الوكيل نائب عمن وكله، فإذا مات لم يبق من تُمْكنُ النيابة عنه، ولا يُعترض على هذا بأن القاضي أو الأمير لم يقدَّما في الحقيقة لتحصيل مصالح الخليفة ممن حيث هو خليفة، وإنما قُدِّما لتحصيل مصالح

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 683، والذخيرة 8/ 13.

(2) في «ج»: (المفوض إليه).

(3) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 194، والبيان والتحصيل 8/ 215، والمقدمات 3/ 54، والذخيرة 8/ 9.

(4) هو الحافظ العلامة محمد بن إبراهيم أبو بكر منصور بن المعتمر السلمي. له عدة مصنفات منها: كتاب «الإجماع» وكتاب «المبسوط»، روى عن محمد بن عبد الحكم ومحمد بن إسماعيل الصائغ، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ على الراجح بمكة سنة (318هـ). ينظر: طبقات الشيرازي 1/ 201، وسير أعلام النبلاء 14/ 490.

(5) ينظر: التاج والإكليل 5/ 215.

(6) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 224، والجواهر الثمينة 2/ 683.

المسلمين، ومن قدما للنظر في مصالحه باق، فوجب بقاؤهما على الحال التي كانا عليها، ما لم يعزلهما الخليفة الوالي، بعد الخليفة الميت[1].

قوله: ﴿ وَفِي انْعِزَالِهِ قَبْلَ بُلُوغِ الْخَبَرِ إِلَيهِ فِي المَوتِ، وفِي الْغَيْبَةِ: قَولاَنِ ﴾.

يعني: أنّا إذا بيّنّا على المشهور في المسألة السابقة، أن الوكيل ينعزل بموت الموكل، فهل يشترط في صحة تلك العُزلة بلوغ الموت إلى الوكيل؟ في ذلك قولان: شرط ذلك في «المدونة»[2]، ولم يشترطه في غيرها.

فإن قلت: ما الذي أراده المؤلف رحمه الله **بقوله: (وفي الغيبة)**. هل أراد به أن الموكل إذا مات، فمحل الخلاف إنما هو إذا كان موضع موته غير موضع الوكيل، أو ماذا أراد المؤلف؟

قلت: إنما أراد أن الموكل إذا عزل الوكيل انعزل، ولا يحتاج إلى تنبيه؛ ولكن هل من شرط عُزلته بلوغها إلى الوكيل وعلمه بها، أم لا يشترط ذلك فيه؟ قولان[3]، كما في الموت[4]، ولذلك أثبت واو العطف بين المجرورين، ولو كان مراده الوجه الذي سأل عنه السائل، لم يثبت واو العطف بين المجرورين، ولو كان مراده أن الغيبة تقييد في مسألة الموت، لكان إغفالاً لمسألة العزلة مع شهرتها؛ إلا أن في كلامه ـ على هذا التقدير ـ إشكالاً من جهة أنه يوهم أن من شَرَطَ في عُزلة الوكيل علمه بموت الموكل، هو الذي شرط بلوغ العزلة إليه إذا كان غائباً عن الموكل، وليس كذلك، فإن ابن القاسم شرط في عُزلة الوكيل بموت الموكل بلوغ العلم إلى الوكيل بذلك، ولم يشترطه في مسألة عزل الموكل للوكيل[5].

قال في «المدونة»: ومن أمر رجلاً يشتري له سلعة، ولم يدفع إليه ثمن،

---

(1) ينظر: المقدمات 3/ 54.

(2) ينظر: المدونة 10/ 243.

(3) ينظر: التفريع 2/ 317، والتلقين 2/ 446، والكافي 1/ 395، والجواهر الثمينة 2/ 688، والذخيرة 8/ 9.

(4) في «ج»: (في المذهب).

(5) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 214، والمقدمات 3/ 54.

أو دفعه إليه فاشتراها الوكيل بعد موت الآمر، ولم يعلم بموته، أو اشتراها ثم مات الآمر، فذلك لازم للورثة؛ إلا أن يشتريها وهو يعلم بموت الآمر، فلا يلزم الورثة ذلك، وعليه غرم الثمن؛ لأن وكالته قد انفسخت[1]. وقال ابن المواز عن ابن القاسم في الوكيل يبيع ثم يفسخ الآمر وكالته، ويقبض الوكيل الثمن قبل علمه وعلم المشتري، أنه لا يبرأ المشتري. قال: «وأبى ذلك أصحاب ابن القاسم ولم يرضوه، وخالفه عبد الله بن عبد الحكم»[2]. وفي أواخر كتاب الشركة من «المدونة»: وأما من كان له وكيل قد فوض إليه في البيع والشراء واقتضاء الديون، وأشهد له بذلك، ثم خلعه وأشهد على خلعه[3]، ولم يعلم غرماؤه بذلك، فلا يبرأ غريم مما دفع إليه بعد خلعه، كان ذلك من ثمن شيء باعه الوكيل أو لا[4]. وقال غيره: إن لم يعلم الوكيل والغريم بالحَجْرِ[5]، فالغريم بريء، وإن علم بذلك أحدهما، والآخر عالم أم لا، لم يبرأ الغريم[6].

وظاهر كلام ابن القاسم في «المدونة»، وهو صريح قوله في كتاب «ابن المواز»: أنه لم يشترك في عزل الموكل للوكيل بلوغ العلم بالعزلة، وشرط ذلك في مسألة الموت[7]. غير أن الفرق بينهما عسير، وصحح غير واحد القول باشتراط بلوغ العلم في المسألتين معاً، ورأوا أنه أقرب إلى قضية أهل قُباء[8]

---

(1) ينظر: المدونة 10/ 243.

(2) النوادر والزيادات 7/ 192، والبيان والتحصيل 8/ 245.

(3) (وأشهد على خلعه): سقطت من «ج».

(4) ينظر: المدونة 12/ 82.

(5) الحَجْر: هو منع الإنسان من التصرف في المال، إما لمصلحته كالحجْر على الصبي والمجنون، أو لمصلحة غيره كالحجْر على المفلس. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص197.

(6) ينظر: المعونة ص1242، 1243، والبيان والتحصيل 8/ 224.

(7) ينظر: المدونة 12/ 82، والكافي 1/ 395.

(8) قُبَاء: قرية على ميلين من المدينة، على يسار القاصد إلى مكة، وبها مسجد قُبَاء، أول مسجد أسس على التقوى، بناه الأنصار وصلوا فيه عاماً إلى بيت المقدس. ينظر: معجم البلدان 4/ 302.

في حديث فسخ القبلة[1]. وفرَّق بعضهم بأن الصلاة مأمور بها واجبة، فلا يمكن من أُمر بالصلاة إلى بيت المقدس، ترك الصلاة إليها حتى يبلغه النسخ، فيناسب ذلك عذره إن تبين أن صلاته وقعت بعد النسخ، والوكيل وشبهه لا يتحتم عليه الفعل وهو قادر على تركه، فإذا فعل وتبين أن ذلك الفعل وقع بعد العزلة أو موت الوكيل[2]، فقد وقع من أجنبي حقيقة، لم تدعه ضرورة إلى ما فعله. قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في «العتبية»: في الرجل له وكيل يبيع له متاعه، فمات الآمر قبل قبض الوكيل الثمن، فإنه لا يقبضه إلا بتوكيل الورثة وإن كان قد وُلي البيع. واستدل على ذلك بقول مالك في الوكيل على اقتضاء دين فيموت الآمر قبل قبضه الوكيل، أو الوكالة تنفسخ ولا قبض له. قال أصبغ: هذه صواب[3]، والأَوْلَى بخلافها؛ لأن الأوَّل هو المُعَامِل، ولا يبرأ المبتاع بدفعه إلى غيره، فعليه أن يدفع إليه ما لم يوكل الوارث غيره بالقبض[4]. وصوَّب بعضهم قياس ابن القاسم، ورأى أنه لا فرق بين المسألتين[5].

هذا بعض ما يتعلق بمسألة المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ولقد بقي من هذا المعنى مسائل. وقال أبو حنيفة: لا يصح عزل الوكيل إلا بحضرة الموكل[6]. ولو كان المانع غير الموت والعزلة؛ كجنون الآمر أو المأمور فقال بعض الشافعية: إن الوكالة تنفسخ بطرو الجنون على الآمر أو المأمور[7][8]. وقال المازري:

---

(1) يقصد به الحديث الذي رواه ابن عمر حيث قال: «بينا الناس بقُبَاء في صلاة الصبح إذ جاءهم آتٍ فقال: ثم إن رسول الله قد أنزل عليه الليلة قرآن، وقد أُمِر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها، كانت وجوههم إلى الشام فاستداروا إلى الكعبة». صحيح البخاري 1/ 157، باب ما جاء في القبلة.

(2) في «ج»، «خ»: (والوكيل).

(3) في «ج»: (هذا أصوب). وجاء بدلها في البيان والتحصيل: مسألة مالك صواب. ينظر: البيان والتحصيل 8/ 223.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 223، والنوادر والزيادات 7/ 193.

(5) هذا القول لمحمد بن عبد الحكم. ينظر: النوادر والزيادات 7/ 193.

(6) ينظر: بدائع الصنائع 6/ 37، والمبسوط للسرخسي 25/ 26.

(7) (فقال بعض... أو المأمور): سقطت من «ج».

(8) منهم: أبو زكريا النووي (ت676هـ). ينظر: الوسيط 3/ 306، ومغني المحتاج 2/ 232.

يتفصَّل فيه القول عندي، فإن كان الجنون طرأ على الوكيل[1] ثم عاد إليه عقله، ثم أراد أن يبقى على التصرف الذي كان له قبل الجنون، فإنه يُمكَّن من ذلك إذا كان الموكل حاضراً ولم يعزله، وإن كان غائباً، ولم يعلم بجنونه، فإن ذلك لا يمنعه من التصرف؛ لأن الموكل أذن له في التصرف مع جواز القواطع، وإن كان طرو الجنون على الموكل قال: فالأظهر أنه يُمكَّن من التصرف كوديعة أودعها؛ لكن لو طال زمان الجنون طولاً يفتقر معه إلى نظر السلطان في ماله، فإنه مما ينظر فيه. وذكر خلافاً عن أصحاب أبي حنيفة في ردة الوكيل، هل توجب عزله؟[2] قال: والأظهر عندي أنه لا ينعزل بذلك، إذ الحجر عليه في ماله إنما كان لأجل حق المسلمين فيه؛ إلا أن يُعلم من مقتضى العادة أن الموكل لا يرضى بتصرفه في ماله وقد ارتد، فيكون ذلك مما يوجب منعه من التصرف. قال: وكذلك لو وكَّل زوجته ثم طلقها، فإن الطلاق لا يوجب عزلتها؛ إلا أن يُعلم أن الوكيل لا يرضى بتصرفها بعد انقطاع ما بينهما من المودة والعصمة.

قوله: ﴿وَمَهْمَا شَرَعَ فِي الْخُصُومَةِ فَلاَ يَنْعَزِلَ وَلَوْ بِحُضُورِهِمَا﴾.

يعني: أن الوكالة عقد جائز من جانب الموكل، فله أن يعزل وكيله في أي وقت شاء، ما لم يتعلق بالوكالة أو غيره، والوكيل على الخصام قد يتعلق الحق في وكالته بخصم موكله، فلا ينعزل عن التوكيل بعزل الوكيل إياه، وسواء كان الموكل والوكيل حاضرين أو أحدهما غائباً[3]. وعلى هذا نبّه المؤلف رحمه الله **بقوله: (ولو بحضورهما)**.

لئلا يتوهم أن هذه المسألة مثل التي قبلها في أنه يجوز للموكل عزل وكيله، ويصح ذلك مع حضورهما.

وظاهر كلام المؤلف رحمه الله أنه بالشروع في الخصام لا ينعزل الوكيل بعزل الموكل إياه، وهكذا قال غيره[4]. وظاهر كلام أصبغ رحمه الله أنه لا بد أن

---

(1) في «ج»: (الموكل).

(2) ينظر: بدائع الصنائع 6/ 20، وحاشية ابن عابدين 7/ 390، وفتاوى السغدي 2/ 603.

(3) ينظر: المنتقى 5/ 227، وفتاوى ابن رشد 2/ 1332، والذخيرة 8/ 9.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 194، وفتاوى ابن رشد 2/ 782، وبداية المجتهد =

يشرف على الحق، وحينئذ لا يكون للموكل عزله[1]. وقال غير واحد من الأندلسيين: إذا قاعدهُ عند القاضي في الخصام ثلاثة مجالس، لم يكن له بعد ذلك أن يوكل من يخاصم عنه، إن كان خاصم بنفسه، ولا أن يعزل الوكيل إن كان المخاصم وكيلاً[2].

قوله: ﴿ وَلاَ يَعْزِلُ نَفْسَهُ عَلَى الأَصَحِّ ﴾.

يعني: أن ما قدمه إنما هو عزل الموكل لوكيل الخصام، وأما عزل الوكيل نفسه[3]، ففيه قولان[4]، وإنما هذان القولان بعد تسليم القول بأن الوكالة جائزة من جانب الوكيل على ما سيأتي.

قوله: ﴿ وَلأَحَدِ الْوَكِيلَيْنِ الاسْتِبْدَادُ مَا لَم يُشْتَرَطْ خِلاَفُهُ ﴾.

يعني: أن حكم[5] الوكيلين مخالف للوصيين، فإنه محمول على التعاون، فلا يكون لأحدهما الاستبداد[6] على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

قوله: ﴿ وَالوَكِيلُ أَمِينٌ بِجُعْلٍ أَوْ غَيرِهِ ﴾.

ظاهر؛ لأن الإجارة لا توجب الضمان[7].

قوله: ﴿ وَالوَكَالَةُ بِأجْرَةٍ لازِمَةٌ كَالإِجَارَةِ، وَيَجِب الْعِلمُ بِالعَمَلِ، وبِجُعْلٍ، ثَالِثُهَا: تَلْزَمُ بِالعَمَلِ ﴾.

ظاهر التصور[8].

= 2/ 253، والجواهر الثمينة 2/ 687، والذخيرة 8/ 15.

(1) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 302، والمقدمات 3/ 59، وبداية المجتهد 2/ 253، والجواهر الثمينة 2/ 687، والذخيرة 8/ 15.

(2) المقدمات 3/ 59.

(3) (نفسه): سقطت من «ق».

(4) ينظر: بداية المجتهد 2/ 253، والجواهر الثمينة 2/ 688، والذخيرة 8/ 19، والقوانين الفقهية ص216.

(5) في «خ»، «ق»: (أمر).

(6) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 687.

(7) ينظر: التفريع 2/ 316، والجواهر الثمينة 2/ 687.

(8) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 200، والمقدمات 3/ 58، والجواهر الثمينة 2/ 688.

قوله: ﴿ **وَبِغَيْرِهِمَا جَائِزَةٌ، وَقِيلَ: تَلْزَمُ الوَكِيلَ كَالهِبَةِ** ﴾[1].

يعني: أن الوكالة من جانب الوكيل مختلف فيها على قولين[2]:

أحدهما وهو الأصح: أنها منعقدة، كالهبة من جانب الواهب؛ لأن الوكيل واهب منفعته للموكل[3].

والقول الثاني وهو قول ابن القصار[4]: أنها ليست بمنعقدة؛ كالقول الشاذ أيضاً في الهبة أن للواهب أن يرجع عنها ما لم تحز عنه[5]. هذا طريق غير واحد من الشيوخ في نقل المذهب في هذه المسألة[6]، ولابن رشد أنه لا خلاف أن للوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء؛ إلا في وكالة الخصام[7]. وقال بعض الشيوخ: «إن في المذهب في ذلك خلافاً، وأنه مأخوذ من رواية ابن نافع[8] عن مالك رَحِمَهُ اللهُ في «المبسوط»، فيمن أبضع مع رجل بضاعة ليشتري له بها سلعة بعينها، فذهب الوكيل فاشتراها، ثم قال بعد شرائه: إني اشتريتها لنفسي. فإنه يقبل قوله ويحلف إن اتهم»[9]. ومن قول ابن الماجشون

---

(1) (وقيل. . . كالهبة): سقطت من «ج»، «ق».

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 688.

(3) ينظر: الذخيرة 8/ 9.

(4) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن القصار البغدادي، المعروف بابن القصار، كان فقيهاً وأصولياً، تفقه بالأبهري، وبه تفقه القاضي عبد الوهاب. له عدة مؤلفات منها كتاب «عيون الأدلة في مسائل الخلاف»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ على الراجح سنة (397هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص170، وسير أعلام النبلاء 17/ 107، والديباج 1/ 199.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 288.

(6) ينظر: الذخيرة 8/ 9. وفيها: «قال أبو عمران: خمسة عقود على الجواز دون اللزوم: الوكالة، الجعالة، والمغارسة، والتحكيم، والقراض».

(7) ينظر: المقدمات 3/ 59، وبداية المجتهد 2/ 253.

(8) هو أبو محمد عبد الله بن نافع، مولى بني مخزوم المعروف بالصائغ، روى عن مالك وتفقه به، قال: صحبت مالكاً أربعين سنة ما كتبت منه شيئاً، وإنما كان حفظاً أحفظه، وسمع من سحنون وغيره، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (206هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص152، وسير أعلام النبلاء 10/ 371.

(9) البيان والتحصيل 8/ 198.

في ثَمَانِية[1] أبي زيد أن السلعة تكون للآمر؛ إلا أن يكون أشهد الوكيل حين الشراء أنه إنما يشتريها لنفسه[2]. وقال أصبغ: «هي للموكل وإن أشهد الوكيل حين الشراء أنه إنما يشتريها لنفسه»[3][4]. فرأى هذا الشيخ أن رواية ابن نافع موافقة لقول ابن القصار، وأنه إذا كان للوكيل الانعزال عن الوكالة في هذه المسألة وقد أدخل الموكل في ضرر ـ وهو نقل المال من بلد إلى بلد ـ فأحرى أن يكون له ذلك إذا لم يدخله في شيء من العهد. وقَدَح في ذلك المازري بأن السلعة إنما كانت للوكيل هنا لأجل أنه قد باع البائع منه على أن يملكها الوكيل[5]، فأمضى للوكيل ذلك لأجل ما شرطه البائع وحده[6]، وكذلك قدَح فيما أخذه ذلك الشيخ من ظاهر قول أصبغ: أن الوكالة لازمة للوكيل من أجل أنه جعل السلعة للموكل، فإن السلعة إنما كانت للآمر؛ لأنه قد لحقه ضرر بتصرف الوكيل في ماله.

قوله: ﴿ وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الإِذْنِ أو صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ فَالقَولُ قولُ المُوَكِّلِ؛ إلاَّ إِذَا فَاتَ الْمَبِيعُ المُختَلَفُ فِي ثَمَنِهِ فَالْقَولُ قَولُ الوَكِيلِ مَا لَمْ يَبِعْ بِمَا يُسْتَنْكَرُ ﴾.

يعني: إذا تنازع الموكل والوكيل في وجود الإذن، بأن يقول الوكيل: أمرتني بالبيع والشراء ففعلت. ويقول الموكل: لم آمرك بذلك. فهذا اختلافهما في الإذن، وأما اختلافهما في صفة من صفاته، فاعلم أن الضمير من **قوله: (صفاته)**.

لا شك أنه عائد على الإذن، وصفات الإذن أعم من صفات المبيع ومن صفات الثمن، فلذلك يدخل في كلام المؤلف رحمه الله اختلاف الموكل ووكيله في الجنس، وفي القدر، وفي صفة الثمن، وفي كونه حالاً أو مؤجلاً، إلى

---

(1) م ث: الثمانية: مؤلفها: عبد الرحمن بن إبراهيم أبو زيد القرطبي (258هـ) وهي عبارة عن كتب جمع فيها المؤلف أسئلته التي سألها مشايخه من المدنيين، وهي ثمانية كتب أصبحت تعرف بثمانية أبي زيد. وقد حفظ لنا الباجي في منتقاه كثيراً من الاقتباسات الفقهية من هذه الثمانيات. اصطلاح المذهب ص 132 ـ 133، ترتيب المدارك 4/ 258، الديباج 1/ 469.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 8/ 103.

(3) (وقال أصبغ... لنفسه): سقط من «ج».

(4) البيان والتحصيل 8/ 104.

(5) في «ق»: (للوكيل).

(6) (وحده): سقطت من «ق».

غير ذلك من المسائل المذكورة في هذا الباب، ثم إن المؤلف رحمه الله حكم على جميع ما يتناوله كلامه هنا بأن القول قول الموكل[1]، واستثنى من ذلك ما إذا فات المبيع المختلف في ثمنه، وظاهره أنه لا يدخل في هذا المستثنى إلا ما وكل على بيعه، لا ما وكل على شرائه، وحكم عليه بأن القول قول الوكيل، بشرط أن لا يأتي بما تكذبه فيه العادة، وهو مراده **بقوله: (ما لم يبع بما يستنكر)**.

ويدخل في كلامه المختلف في ثمنه، والاختلاف في قدر الثمن، وفي صفته، وغير ذلك كالأجل والحلول، ولم يذكر خلافاً في شيء من هذه الوجوه؛ بل أطلق كلامه حتى كأنه متفق عليه، ولا شك أن من وجوهه ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه على ما سيظهر لك.

فإن قلت: فاعل (تنازعا) من كلامه راجع إلى الموكل والوكيل بلا شك، ثم نوَّع اختلافهما إلى: الاختلاف في أصل[2] الإذن، وذلك اختلاف في وجود الوكالة، وإطلاق لفظ الموكل والوكيل في هذا الموضع مجاز؛ لأنه راجع إلى إطلاق اللفظ بحسب قبول معناه، وأما تنازعهما في صفة الإذن، فإطلاق للفظ بحسب الحصول؛ لأن أحدهما موكل حقيقة، والآخر وكيل حقيقة، فيكون المؤلف رحمه الله استعمل ـ على هذا التقدير ـ اللفظة الواحدة في حقيقتها ومجازها، وفي ذلك ما قد علمته.

قلت: لا شك أن من ادعى على رجل أنه أمره ببيع سلعة أو شرائها، فإنما يدعي عليه أن الآمر موكل، وأن المأمور وكيل حقيقة لا مجازاً، فقد صدقت اللفظة ـ على هذا التقدير ـ حقيقة، ولا شك في صدقها حقيقة إذا اختلفا في صفة الإذن، فاستعمال لفظتي: (الموكل والوكيل) حينئذ في جميع هذه المحال حقيقة، ولا يلزم عليها المحظور المشار إليه، والله أعلم.

ولنرجع إلى بيان المسائل التي تدخل تحت كلام المؤلف ـ رحمه الله فنقول: من باع سلعة ليست له، فأنكر عليه ذلك مالكها، فادعى أنه أمره ببيعها،

---

(1) ينظر: المدونة 10/ 255، والبيان والتحصيل 8/ 183، والجواهر الثمينة 2/ 291.
(2) في «ج»: (في نوع).

وكذبه مالكها، فلا شك أن القول قول مالكها، فإن أجاز بيعه مضى ذلك ـ على ما هو المذهب[1] ـ وإن أراد نقض البيع فله ذلك، بعد أن يحلف أنه ما أمره ببيعها، للحق الذي تعلق للمشتري فيها، وإن نكل حلف الوكيل، إن لم يقر المشتري أنه وكيل، وإن سلَّم أنه وكيل، فليحلف المشتري، وإن فاتت السلعة، حلف مالكها أنه ما أمر الوكيل ببيعها، ويغرمه الأكثر من الثمن أو القيمة، وإن نكل، حلف الوكيل إن كان الثمن أقل من القيمة، وإن كان مساوياً لها أو أكثر فلا يمين عليه؛ لتعذر رد السلعة، وقد حصل لمالكها مثل قيمتها فأكثر، وينبغي أن يكون الفوات في هذه المسألة ذهاب العين لا تغيرها كالاستحقاق، وإن اختلفا في مقدار ثمن المبيع. فقال في «المدونة» عن مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا باع الوكيل السلعة بعشرة، وقال: بذلك أمرني ربها، وقال ربها: ما أمرتك إلا باثني عشر. فإن لم تفت حلف الآمر وأخذها[2]؛ يعني: أن الأصل بقاء ملك الآمر على سلعته، فمن أحب إخراجها عن ملكه فهو مدع، ورب السلعة مدعى عليه. قال ابن المواز: «فإن نكل فله عشرة بغيرة يمين»[3]. وقال ابن ميسر[4]: إذا نكل حلف المأمور ومضى البيع بعشرة[5].

قال الشيخ أبو محمد: يريد فإن نكل غرم دينارين تمام الاثني عشر التي قال الآمر. قال: ولو لم أغرمه إذا نكل لم أحلفه. وقال ابن ميسر: لا غرم عليه. قال في «المدونة»: «وإن فاتت حلف المأمور وبرئ؛ لأنه مدعى عليه الضمان»[6]. يريد فإن نكل حلف الآمر وغرم له المأمور دينارين، فإن نكل

(1) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 226، والبيان والتحصيل 8/ 183، والذخيرة 8/ 17، والقوانين الفقهية ص216.

(2) ينظر: المدونة 9/ 55.

(3) التاج والإكليل 5/ 213.

(4) هو أبو بكر أحمد بن محمد بن خالد بن ميسر، ولي قضاء الإسكندرية، وإليه انتهت رياسة المذهب بمصر بعد شيخه ابن المواز. له كتاب: «الإقرار والإنكار»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (309هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص154، وسير أعلام النبلاء 14/ 292، والديباج 1/ 168.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 7/ 223.

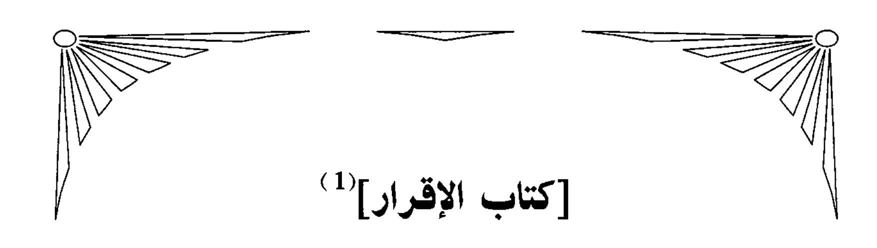
(6) المدونة 9/ 55.

فلا شيء عليه. واختلف بماذا تفوت هنا، فقيل: تفوت بما تفوت به السلعة في اختلاف المتبايعين؛ لأن الاختلاف هنا إنما وقع في مقدار الثمن، وقيل: لا يفيتها إلا ذهاب العين كالاستحقاق، فلا تفوت ـ على هذا التقدير ـ بعتق ولا هبة ولا غير ذلك مما في معناها. نقلت القول الأول[1] من حفظي، وكذلك اختلافهما في جنس ثمن ما بيع به أو صفته أو الحلول والأجل. الخلاف في ذلك كله متقارب، وإن كانت تختلف طرق الشيوخ في نقل الخلاف في ذلك في بعض هذه المسائل، وتركنا جلب ذلك على ما هو عليه في الروايات، واكتفينا بمسألة «المدونة» التي ذكرناها؛ لأن المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ اختصر هذا الفصل من «المدونة» وبالله التوفيق[2].

---

(1) في «خ»: (الآخر).

(2) (من المدونة وبالله التوفيق): سقطت من «ق».



[كتاب الإقرار][1]

قوله: ﴿ الإِقْرَارُ ﴾.

«مصدر أقرَّ بالحق؛ اي: اعترف به، ويقال: قرَّر غيره بالحق حتى أقرَّ. ومصدر قرَّر: التقرير؛ أي: حمله على الإقرار به»[2].

قوله: ﴿ وَالصَّبِيُّ، وَالْمَجْنُونُ، وَالمُبَذِّرُ، وَالْمُفَلَّسُ، وَالْعَبدُ تَقَدَّمَ ﴾.

يعني: أن هؤلاء الخمسة لا يقبل إقرارهم على الجملة، والأوصاف التي قامت بهم، موانع من لوازم إقرارهم ـ على ما تقدم في محله[3] ـ ولا شك في أن الصِّبا مانع. وأشار بعض الشيوخ إلى وجود الخلاف في المراهق[4]، أو تخريجه على الخلاف في وجوب الحدِّ عليه، إذا أتى حينئذ ما يوجبه على البالغ[5]. وخرّج خلافاً في قبول إقرار السكران على الخلاف في لزوم بيعه[6]. وأما الحرّ الرشيد فإقراره لازم بالكتاب والسنّة والإجماع، فأما الكتاب فغير ما آية، وقد قال تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ لَمَآ ءَاتَيْتُكُم مِّن كِتَٰبٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَآءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِۦ وَلَتَنصُرُنَّهُۥ﴾ [آل عمران: 80] وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النّساء: 134] والشاهد على نفسه معترف بما شهد به عليها، وكذلك قوله تعالى في السفيه ومن ذكر معه: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة:

---

(1) الإقرار في الشرع: خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط، بلفظه أو لفظ نائبه. شرح حدود ابن عرفة 2/ 443.

(2) الصحاح 2/ 291، (قرر).

(3) (يعني أن... في محله): سقطت من «ج».

(4) المراهق: الغلام الذي قارب الحُلم. لسان العرب 10/ 130، (رهق).

(5) ينظر: الكافي 1/ 457، والذخيرة 9/ 258.

(6) ينظر: الذخيرة 9/ 258، والكافي 1/ 457، والتاج والإكليل 4/ 244.

281] فإذا صحَّ إقراره على غيره، فأحرى أن يصح على نفسه، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: 281] إلى غير ذلك من الآيات.

وأما السنّة فقوله ﷺ: «واغْدُ يا أنيس إِلَى امْرأَةِ هَذَا، فَإِذَا اعْتَرَفَتْ، فَارجِمهَا»[1]. أمره بالقتل عند اعترافها بالزنا، وذلك صريح في لزوم الإقرار.

وأما الإجماع، فلا خلاف بين العلماء في إلزام المقر ما أقر به، ما لم يمنع من ذلك مانع[2].

قوله: ﴿ وَالمَرِيضُ لاَ يُقْبَلُ إِقْرَارهُ لِمَنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ، مِنْ وَارِثٍ أَوْ أَجْنَبِيٍّ مَخْصُوصِين ﴾.

يعني: أن المرض مانع من صحة[3] الإقرار في حق المريض إذا أقر لوارث يُتهم عليه، أو لأجنبي يُتهم عليه أيضاً[4]، وهذا هو مراده **بقوله: (مخصوصين)**. كما يبينه الآن. وقال الشافعي: يصح إقرار المريض مطلقاً[5]. وقال أبو حنيفة: يبطل إقراره مطلقاً[6]. والأصل ما قال الشافعي، ولا يصح قياس الإقرار على المنع من الهبة والصدقة حينئذ، فإن العطية إنشاء عن غير عوض بعد جريان سبب حق الوارث، وهو المرض المخوف، بخلاف الإقرار، فإنه إخبار بما تخلد في الذمة، وأليق أوقات استدراكه والخلوص منه، الزمانُ الذي يُسلم فيه الكافر ويتوب الفاجر، غير أن[7] أهل المذهب بنوا المنع من الإقرار حينئذ على أصل آخر، وهو سَدّ الذرائع[8]، وقد اشتهر عنهم

(1) أخرجه البخاري في صحيحه 2/ 813، باب الوكالة في الحدود.

(2) (ما لم يمنع من ذلك): سقطت من «ج».

(3) (صحة): سقطت من «ج».

(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 114، والمعونة ص1255، والكافي 1/ 447، والجواهر الثمينة 2/ 696.

(5) ينظر: الأم 6/ 244، وفتاوى السغدي 2/ 348.

(6) ينظر: المبسوط للسرخسي 18/ 31، والهداية 3/ 191، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 211.

(7) (أن): سقطت من «ج».

(8) الذريعة في اللغة: هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء.
وعند الأصوليين: هي كل ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة أو مضرة. ينظر: لسان العرب 8/ 96، (ذرع)، وإرشاد الفحول 1/ 412.

اعتباره، وهو صحيح من حيث الجملة، غير أن في اعتباره في هذا الموضع نظراً من وجهين:

أحدهما: أن الأصل إعمال إقرار الرشيد، فلا ينتقل عن ذلك الأصل الذي تعلق به حق آدمي قام به منازع معين، لأجل أمر مشكوك فيه، ولا يعترض هذا ببيعات الآجال وشبهها حيث اعتبرنا سد الذرائع؛ لأن المنازع هناك ليس آدمياً معيناً.

الوجه الثاني: أن أهل المذهب اطرحوا التهمة وسد الذريعة في هذا الموضع، حيث جعلوا قول الميت: دَمِي عند فلان لوثاً[1]. يوجب للورثة حقاً ما[2]، واحتجوا على ذلك بما قلناه إنه زمن يسلم فيه الكافر ويتوب الفاجر، فإذا قبلوا قول الميت حينئذ في إثبات حق على غيره، وهو على خلاف الأصل، فلأن يقبلوا قوله في إثبات حق نفسه، وهو على وفق الأصل، أولى.

قوله: ﴿فَالوَارِثُ، كَالبِنْتِ مَعَ ابْنِ العَمِّ وَشِبْهِهِ، وَبِالْعَكْسِ يُقْبَلُ﴾.

لمّا بيّن أن للتهمة أثراً في المنع من إقرار المريض، وذلك في نوعين:

أحدهما: في حق الوارث.

والثاني: في حق الأجنبي. أخذ يفسر ذينك النوعين، فذكر في تفسير الأول منهما مثالاً، وهو أن يكون للمريض وارثان، أحدهما: بنت، والآخر: ابن عم وما يشابهه من بعيد العصبة، فأقر للبنت بدين، فلا يقبل إقراره لها، لما يظهر من تهمته، وهو كون النفوس مجبولة على رجحان محبة البنات على مثل هذا العاصب، بخلاف العكس، وهو أن يُقر بدين لابن عمه في هذه الصورة، فإنه لا يشك في صحة هذا الإقرار؛ لتخلف ذلك المانع، وظهور صدق المقر فيه، وأنه لا يرجح ابن عمه على ابنته[3].

---

(1) اللَّوث: هو أن يشهد شاهد واحد على إقرار المقتول قبل أنْ يموت، أَنَّ فلاناً قتلني، أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما، أو تهديد منه له، أو نحو ذلك. لسان العرب 2/ 185، (لوث).

(2) ينظر: الكافي 1/ 601.

(3) ينظر: المعونة ص1255، والكافي 1/ 457، والجواهر الثمينة 2/ 696.

قوله: ﴿وَالأَجْنَبِيُّ صَدِيقٌ مُلَاطِفٌ، وَالْمَرِيضُ يُورَثُ كَلَالَةً، وَقِيلَ: يُقْبَلُ فِي الثُّلْثِ﴾.

الواو من قوله: والمريض. واو الحال، فمعنى المسألة ـ وهي[1] النوع الثاني من النوعين اللذين ذكرهما المؤلف مثالاً ـ أن يقر المريض في حال مرضه، والحال أن ورثته كلالة، فيقر لصديقه الملاطف، ففي المذهب قولان[2]:

أحدهما: بطلان الإقرار مطلقاً.

والثاني: أنه يبطل منه ما زاد على الثلث[3].

والأول هو المشهور؛ لظهور التهمة في الثاني، نظراً إلى أن المقر له ممن تجوز الوصية، فكأن المريض قصد تنفيذ[4] ما أقر به، إن صح له من رأس المال أخذه، وإلا فهو من الثلث[5]، والمعوَّل عليه في هذا كله إنما هو ظهور التهمة وعدم ظهورها، وما يوجد من خلاف في بعض المسائل فهو خلاف في حال، فحق المفتي أو القاضي أن يلتفت إلى ذلك. قال في «المدونة» بعد أن ذكر كثيراً من مسائل هذا الباب: وأصل هذا قيام التهمة، فإذا لم يُتهم بمن يُقرُّ له دون من يرث معه، جاز إقراره، فهذا أصل ذلك[6].

فإن قلت: ما مراد المؤلف بالكلالة هنا؟ هل هي ما يقال في الفرائض أنها الفريضة التي لا ولد فيها ولا والد؟

قلت: لا شك أن الكلالة عند أهل المذهب هو هذا الذي ذكره السائل، وشبه ذلك من قول من قال: هي الورثة[7]؛ ولكن لعل مراد المؤلف منها هنا غير ذلك، فقد قال في كتاب الوصايا الأول من «المدونة»: وإن أقرَّ بدينٍ

---

(1) في «ج»: (في).
(2) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 151، والمعونة ص1256، والكافي 1/ 457، والجواهر الثمينة 2/ 696.
(3) في «ج»، «ق»: (ثلثه).
(4) (تنفيذ) سقطت من «ج».
(5) ينظر: المعونة ص1256، والجواهر الثمينة 2/ 696.
(6) ينظر: المدونة 13/ 213.
(7) ينظر: التمهيد 5/ 175، والتعاريف 1/ 607.

ـ يعني للصديق الملاطف ـ جاز، إن ورثه ولد أو ولد ولد، وأما إن كان ورثته أبوين أو زوجة أو عصبة ونحوه، لم يجز[1]. فقد أبطل للصديق الملاطف مع أن في الورثة أبوين وليست كلالة، ولنأت بشيء من كلام الشيخ أبي الوليد بن رشد، تنبيهاً على ما في هذا الفصل من الخلاف تكميلاً للفائدة، وإن كان المعوَّل على ما قدمناه[2] عن «المدونة»، قال ما معناه[3]: الذي يتحصل في إقرار الرجل لامرأته لا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يعلم منه ميل إليها، فلا يجوز إقراره. وإما أن يعلم منه البُغض لها، فيجوز. وإما أن يُجهل ذلك فلا يخلو: إمَّا أن يورث كَلالة فلا يجوز. وإما أن يورث بولد، فإنَّ الولد إما أن يكونوا إناثاً أو ذكوراً، صغاراً أو كباراً، واحداً أو عدداً، منها أو من غيرها، فإن كان الولد إناثاً كيف ما كانوا، فيتخرج عندي على قولين من الخلاف في إقرار المريض لبعض العصبة إذا ترك ابنه وعصبة، هذا في الكبار، فإن كُنَّ صغاراً لم يجز قولاً واحداً، وإن كان الولد ذكراً، جاز إقراره مطلقاً إن كان واحداً، وإن كان الذكور عدداً، فإقراره جائز؛ إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها، وبعضهم كبيراً منها أو من غيرها، فلا يجوز. قال: وأما إقرار ما سوى الزوجين بدين في المرض، فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن يقر لوارث.

والثاني: أن يقر لقريب غير وارث، أو صديق ملاطف.

والثالث: أن يقر لأجنبي.

والرابع: أن يقر لمن لا يعرف.

فالأول إذا كان المقر له في القرب بمنزلة من لم يقر له أقرب منه، فإن هذا لا خلاف أنه لا يجوز إقراره[4]. [قال][5] ابن المواز: إذا لم يكن لذلك سبب أو وجه يدل على صدقه، كأن يكون المقر له قاطعاً، والذي لم يقر له

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 36.

(2) في «ج»: (قلناه).

(3) ينظر: فتاوى ابن رشد 2/ 1154، والذخيرة 9/ 364، والتاج والإكليل 5/ 221.

(4) (إقرار): سقطت من «ق»، «خ».

(5) ما بين معقوفين زيادة رأيت أنها ضرورية لاستقامة المعنى.

بارّاً به، ففي جوازه قولان. وإن كان المقر له أبعد ممن لم يقر له، فإن هذا لا خلاف أن إقراره جائز، واختلف إن كان بعض من لم يقر له أقرب من المقر له وبعضهم بمنزلته، أو كان بعضهم أقرب إليه وبعضهم أبعد منه، على قولين، فقيل: إنه جائز، وقيل: إنه[1] لا يجوز، وأما إن أقر لقريب غير وارث أو لصديق ملاطف، فالمشهور أن إقراره يجوز إذا كان يورث بولد دون الكلالة، وقيل بجوازه مطلقاً، وهما قائمان من «المدونة»[2]، وقيل: إن ورث بولد جاز الإقرار من رأس المال، وإن كان بكلالة جاز من الثلث[3]. وأما الأجنبي فلا خلاف أن إقراره له جائز، فإن طلب ولم يوجد، تصدق عنه به كاللقطة، وأما إن أقر لمن لا يعرف فإن كان يورث ولد[4] جاز من رأس المال، أوصى أن يتصدق به عنهم أو يوقف لهم، واختلف إن كان بكلالة فقيل: إن أوصى أن يوقف حتى يأتي طالبه جاز من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق به عنهم لم يجز، لا من الثلث ولا من رأس المال، وقيل: إنه من الثلث، وهو قائم من كتاب «المدونة». وقيل: إن كان يسيراً فمن رأس المال، وإن كان كثيراً لم يجز مطلقاً.

قوله: ﴿المُقَرُّ لَهُ: يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ عَبْداً أو حَمْلاً، [فَلَوْ قَالَ: لِحَمْلِ فُلانَةَ عَلَيَّ أَلْفٌ، لَزِمَهُ][5]﴾.

معنى هذا الكلام أن المقر لا يشترط فيه ما يشترط[6] في المقر من عدم الحجر، وإنما يشترط فيه أهلية المِلك والكسب، فلذلك يصح الإقرار للعبد والحمل على ما نقوله[7] الآن، ولا يصح الإقرار للجماد[8] أو لغير الآدمي من

---

(1) (إنه): سقطت من «ق»، «خ».

(2) ينظر: المدونة 15/ 36، والكافي 1/ 458.

(3) ينظر: الكافي 1/ 458.

(4) في «ق»: (فولد).

(5) (فلو قال... ألف لزمه): سقطت من جميع النسخ، وما أثبته هو ما في نسخة المختصر الموجودة بمركز الجهاد الليبي.

(6) في «ح»، «خ»: (من شرط).

(7) في «ج»، «خ»: (ما يقوله المؤلف).

(8) (للجماد): سقطت من «ج».

الحيوان، فلو قال: عليَّ لهذا الحجر مائة، أو لهذا الفرس دينار، لم يصح[1]؛ لفقدان الشرط الذي ذكرناه، وهو صحة الملك، فأما الإقرار للعبد فصحيح؛ لأن فيه الأهلية[2]، وأما الإقرار للحمل، فالمنقول عن الحنفية المنع منه من غير تفصيل؛ لكنهم قالوا: يلزمه الإقرار إذا ولد[3]. وقال أهل المذهب: إن قيَّد الإقرار بصفة يصح الملك فيها صح الإقرار[4]؛ كقوله: لهذا الحمل عندي مائة دينار من وصية أُوصي له بها، وشبه ذلك، فإن الحمل يصح أن يملك بالوصية إن أطلق المقر إقراره ولم يقيد ذلك بصفة، فذكر ابن سحنون[5] أن هذا الإقرار صحيح ويلزم. قال ابن سحنون: فلو قيل له: من ماذا؟ فقال: أقرضنيها[6]. فهذا لا يُمكن، ويُعد ذلك منه ندماً، ويلزمه الإقرار، ومثله قال ابن عبد الحكم، قال: «وكذلك إن أقر للحمل بكذا وكذا من كراء هذه الدار، ومن غلة هذا الجنان، كان له ذلك إن ولدته حياً، ويدفع إليه أبوه أو وصيه»[7].

وخرَّج بعض الشيوخ خلافاً في إبطال الإقرار للحمل إذا أطلقه ولم يقيده، من قوله في «الموازية» في القائل لرجل: لك عليَّ مائة دينار، أو على فلان. إن[8] هذا الإقرار لا يلزم؛ لعدم تحقق عمارة ذمته بشيء لهذا المقر له. قال ابن المواز: إلا أن يكون تشكك المقر بين نفسه وبين صبي ابن شهر، فإن المائة تلزمه؛ لكون ابن شهر ممن[9] لا يصح أن يملك ولا يكتسب. قال هذا

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 697.

(2) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(3) ينظر: بدائع الصنائع 7/ 224، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 219.

(4) ينظر: التاج والإكليل 5/ 223، ومواهب الجليل 5/ 224.

(5) هو محمد أبو عبد الله ابن فقيه المغرب عبد السلام سحنون بن سعيد التنوخي، تفقه بأبيه ابن أبي حسان وموسى بن معاوية. من مؤلفاته: «المسند في الحديث»، وكتابه «الجامع لفنون العلم»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (256هـ). ينظر: الديباج 1/ 160، وشجرة النور ص70.

(6) (أقرضنيها): سقطت من «ج».

(7) النوادر والزيادات 9/ 328.

(8) (إن): سقطت من «خ».

(9) (ممن): سقطت من «ق»، «خ».

الشيخ: فإذا رأى ابن المواز أن التردد بين الرجلين يبطل الإقرار، وأن التردد بينه وبين صبي ابن شهر بخلاف ذلك، وأنه كالقائل: لك عندي مائة دينار، أو عند هذا الحَجَر، دلَّ ذلك أن ابن المواز يحمل إطلاق هذا القول على نفي اللزوم، وإذا قاله في ابن شهر مع خروجه إلى الوجود وتيقن حياته، فأحرى أن يقول ذلك فيمن كان حملاً لا يدري أحيٌّ هو أم ميت، وأشار هذا الشيخ أيضاً إلى تخريج خلاف لزوم الإقرار في مسألة ابن سحنون وابن عبد الحكم، إذا قيَّد الإقرار للحمل بما لا يمكن وقوعه من الحمل. وحيث حكمنا بأنه نادم، فخرجه من موضعين:

أحدهما: أنَّا إذا قلنا في الإقرار المطلق: لا يلزم ـ بنا على ما خرجه من كلام ابن المواز ـ فأحرى أن لا يلزم هذا الإقرار المقيد بالصفة المستحيلة عادة.

والموضع الثاني من أحد القولين: فيمن علَّق طلاق امرأته على مشيئة الحجر، وأنه لا يلزمه ولا يعد نادماً[1]، فكذلك الإقرار.

وقول المؤلف: ﴿أَطْلَقَ أَوْ قَيَّدَ، إِنْ وَضَعَتْهُ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَقَلُّ﴾.

ظاهر من هذا الكلام الذي فرغنا منه، وأما قوله: وإن وضعته لستة أشهر فأقل. فكلام[2] فيه إشكال، وذلك أنَّا إذا صححنا الإقرار للحمل ـ على ما تقدم ـ فلا بد أن ننظر إلى ما وضعته، هل كان موجوداً يوم الإقرار فيصح له الإقرار، أو لم يكن موجوداً، فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم الإقرار، علم أنه كان موجوداً، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر، فهو الذي تكلم عليه المؤلف بإثر هذا، وإن وضعته لستة أشهر، فجعله المؤلف كما إذا وضعته لأقل من ذلك، وليس بصحيح، وحكم ستة أشهر فيما يرجع إلى لحوق الولد وشبه ذلك، حُكم ما زاد عليها لا حكم ما دونها من غير خلاف أعلمه في المذهب[3]، وإنما تبع المؤلف فيه كلام ابن شاس من غير تأمل[4]، والله أعلم.

---

(1) ينظر: الكافي 1/ 298.

(2) في «ج»: (فكلامه).

(3) ينظر: المدونة 8/ 319، والاستذكار 21/ 179، والتمهيد 15/ 26، وبداية المجتهد 2/ 269.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 697.

قوله: ﴿ فَإِنْ وَضَعَتْهُ لأَكْثَرَ وهِيَ تُوطَأُ لَمْ يَلْزَمْهُ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَوطُوءَةٍ، لَزِمَ لأَرْبَعِ سِنِينَ ﴾.

يعني: فإن وضعت الحمل الذي أقر له الزوج لأكثر من ستة أشهر من يوم الإقرار، وكان زوجها أو سيدها يطأها في هذه المدة، لم يلزم المقر ما أقر به؛ لاحتمال ألَّا يكون موجوداً يوم الإقرار، وأنها إنما حملت به بعد الإقرار، فلا يدفع له ما أقر به المقر مع الشك[1]، وإن كان الزوج أو السيد معزولاً عنها، لزم الإقرار إذا ولدته في أمد يصح لحاقه بسيدها أو زوجها، ما لم يجاوز أكثر زمن الحمل[2]، لأنَّا إنْ لم نضف ذلك الحمل إلى السيد أو إلى الزوج، ونحكم له بأنه كان موجوداً يوم الإقرار، لزمن نسبتها إلى الزنا، وذلك ممنوع شرعاً، وذكر المؤلف هنا أن أكثر أمد الحمل أربع سنين، وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف، وأن المشهور فيما حكاه هو وغيره خمس سنين[3] نعم، المنصوص هنا هو ما ذكره المؤلف أو قريب منه، وكذلك أن في كتاب «ابن سحنون»: «ومن أقر أن عليه ألف درهم لما في بطن فلانة، فولدت به غلاماً لأقل من ستة أشهر من قوله، لزمه ذلك له، فإن قال: وهبْت ذلك له، أو تصدقت به عليه، أو أُوصِي له به، قُبِل منه، وأخذ منه ما قال، وكذلك لو وضعت بنتاً فذلك لها، وإن وضعت لأكثر من ستة أشهر وزوجها مرسل عليها، لم يلزمه شيء مما ذكر من هبة وصدقة ووصية، وإن كان الزوج معزولاً عنها، فقد قيل: يجوز له الإقرار إذا وضعته لمَا يَلِد له النِّساء، وذلك أربع[4] سنين»[5]، وقد دلّ كلام المؤلف بالالتزام، على أنها إذا ولدت لأكثر ممَّا يَلِد له النِّساء، لم يكن لذلك المولود شيء، وهذا لا شك فيه.

قوله: ﴿ وَلَوْ وَضَعَتْ تَوْأَمَيْنِ فَلَهُما أَوْ لِلْحَيِّ مِنْهُمَا، وَلَوْ وَضَعَتْ مَيتاً بَطَلَ[6] ﴾.

---

(1) (لاحتمال ألا... مع الشك): سقطت من «ج».

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 697، والتاج والإكليل 5/ 224.

(3) ينظر: الاستذكار 21/ 178، والكافي 1/ 293، والتاج والإكليل 4/ 149.

(4) في «خ»: (لأربع).

(5) النوادر والزيادات 9/ 328، والتاج والإكليل 5/ 224.

(6) (ولو وضعت..... ميتاً بطل): سقطت من جميع النسخ، وما أثبته هو ما في نسخة =

يعني: فلو وضعت ولدين حيَّين، ذكرين كانا أو انثيين، أو أحدهما ذكر والآخر أنثى، كان ما أقرِ به لهما سواء، فلو ولدت أحدهما حياً والآخر ميتاً، كان ذلك للحي وحده، ولا شيء فيه للميت، كما لو وضعت كل ما في بطنها ميتاً[1]، وهو الفرع الذي ذكره المؤلف بإثر هذا، قاله ابن سحنون، قال: «ولو ولدته[2] حياً ثم مات، كان لورثته. قال: وإن أقر أني وصي فلان، وقد ترك مائة درهم أكلتها، والذي في بطن هذه المرأة وارثه، فالمائة دين عليه، فإن وضعت ذكراً وأنثى فهما ولدا الميت، كان ذلك بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كانت المرأة زوجة فلها الثمن من ذلك»[3]. قال ابن عبد الحكم: «وإن أقر للحمل بأن هذه الدار ملك له عن أخ شقيق أو لأب، فولدت توأمين، أحدهما ذكر والآخر أنثى، فالدار لهما، للذكر مثل حظ الأنثيين؛ يعني: إذا كانت أمهما أَمَة مملوكة لغير أبيهما. قال: وإن قال: لأخيهما لأمهما، فالذكر والأنثى فيه سواء، فإن قال: عن أخيهما ولم يفسر حتى مات، فوضعت غلاماً وجارية، فليصطلحا فيه، فإن لم يصطلحا، ففيها قولان: يكون بينهما نصفين، والقول الآخر: أنه يقسم ذلك على ثلاثة، فيأخذ الذكر جزءاً، والأنثى جزءاً، والجزء الثالث يدعيه الذكر كله، وتدعي الأنثى نصفه، فقد سلمت نصفه للذكر، فيقسم بينهما؛ لتداعيهما فيه، فيكون للذكر سبعة من اثني عشر، وللأنثى خمسة. قال: وبالقول الأول أقول. قال: وإن قال: هو ميراث لهما من بعض قرابتهما. كان بينهما نصفين إن مات المقر، وإن ولدت ولدين أحدهما ميت، فجميع ذلك للحيِّ، ولا يثبت للميت إقرار، ولا ميراث فيما يحضرني»[4]. وكما صحح أهل المذهب الإقرار للحمل صححوا الإقرار للصبي ـ وهو أحرى ـ وقد تقدم ما خرجه بعض الشيوخ في

= المختصر الموجودة بمركز الجهاد الليبي.

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 328، والجواهر الثمينة 2/ 697، والتاج والإكليل 5/ 224.

(2) (ولو): سقطت من «ج».

(3) النوادر والزيادات 9/ 328.

(4) النوادر والزيادات 9/ 329.

الصغير ابن شهرين، وصححوا أيضاً الإقرار للمجنون ولو كان مطبقاً[1]، وفرَّعوا على هذا فروعاً يضيق هذا الموضع بذكرها.

قوله: ﴿ وَلَوْ أَكْذَبَ المُقَرُّ لَهُ المُقِرَّ بَطلَ، وَلاَ رُجُوعَ لَهُ إلاَّ بِإقْرَارٍ ثَانٍ ﴾.

يعني: أن من شرط إعمال الإقرار تصديق المقر له للمقر؛ لأن ملك الإنسان لا ينتقل عنه إلى غيره جبراً، فيما عدا الميراث، فإن فات هذا الشرط، بطل إعمال الإقرار، ولا خلاف في ذلك أعلمه[2].

فإن قلت: فلِمَ قال المؤلف: بطل. وإنما يذكر البطلان[3]، أن لو كان تقدم مقتضٍ لصحة ذلك الإقرار؟

قلت: لا يشترط في بطلان الإقرار وغيره تقدم صحته، ولو تقدمت[4] صحته لمَا بطل، وإنما[5] يشترط في ذكر البطلان في هذا المحل وغيره، أن يكون ما حكم عليه الآن بالبطلان حيث مضت له حالة كان فيها بعرضية الصحة[6]؛ لأن سببه قد توفر كما في مسألة الإقرار هذه؛ لأن سبب انتقال الملك قد حصل، وهو إقرار المالك الذي يصح منه الإقرار، والشيء إذا حصل سببه كان بعرضية الحصول، غير أنه قد يبقى النظر في حصول الشرط كما في هذا الموضع، وفي رفع المانع أيضاً، كما لو قام قائم يريد استحقاق ما وقع فيه الإقرار. وقد يستعملون لفظ البطلان[7] فيما هو بعيد عن هذا؛ كالصلاة وغيرها من العبادات إذا ظهر المفسد في أثنائها. وأما **قول المؤلف**:

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 326، والجواهر الثمينة 2/ 697.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 698.

(3) البطلان: كون الفعل لا يوصل إلى المقصود الدنيوي، ويسمى عدم سقوط القضاء بالفعل.
وفي المعاملات: تخلف الأحكام عنها وخروجها عن كونها مفيدة على مقابلة الصحة. قواعد الأحكام 1/ 208.

(4) (ولو تقدمت): سقطت من «ق».

(5) في «ج»: (ولا).

(6) الصحة عند الفقهاء: كون الفعل للقضاء في العبادات، أو سبباً لترتب ثمرته المطلوبة منه شرعاً في المعاملات؛ كحِل الانتفاع في البيع، والاستمتاع في الزواج. قواعد الفقه 1/ 347.

(7) في «ج»: (الطلاق).

(ولا رجوع له إلا بإقرار ثان). فالضمير المجرور من قوله: له. راجع إلى المقر له؛ أي: ولا رجوع للمقر له في تصديق المُقِرِّ[1]، إلا أن يقر له المقر مرة أخرى بعد التصديق، أو يتعقب هذا الإقرار الثاني تصديق آخر؛ لأن الفرض بطلان ذلك الإقرار الأول، وبالجملة لا بد أن يتفق المقر والمقر له في تصديق كل واحد منهما صاحبه، وحينئذ يحصل سبب انتقال الملك وشرطه ويعمل الإقرار.

فإن قلت: سلمنا أن شرط إعمال الإقرار تصديق المقر له للمقر، وأن هذا الشرط قد فات أولاً، وذلك موجب لإعمال الإقرار، عملاً بتوفر[2] السبب والشرط وانتفاء المانع.

قلت: تكذيب المقر له أولاً للمقر، رافع لاستصحاب ذلك الإقرار، فقد فات سبب انتقال الملك أولاً، فلا بد من ظهور السبب بعد ذلك، وهو الإقرار الثاني مع تصديق المقر له؛ ليحصل بمجموعهما موجب إعمال الإقرار، والله أعلم.

قوله: ﴿المُقِرُّ بِهِ: يَصِحُّ بِالمَجْهُولِ﴾.

لا يعني به أن مجرد الإقرار بالمجهول كافٍ؛ بل لا بد مع ذلك من تفسير[3]، على ما يأتي ولا هو أيضاً كالهبة، فإن موانع إعمال الهبة من المرض والدَّين وشبه ذلك لا تأثير لها في هذا المحل، وسيأتي بعد هذا ما يبين ما ذكرناه.

قوله: ﴿وَمَنْ أَقَرَّ أو شَهِدَ بِحُرِّيَّةِ عَبدٍ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، فَثَالِثُهَا: إنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ بِجُرْحَةٍ لَمْ يُعْتَقْ﴾.

يعني: أن من أقر بعتق عبد لغيره، أو شهد على سيده أنه أعتقه، فردت شهادته بوجه من الوجوه التي ترد به الشهادة، ثم اشتراه بعد ذلك، فاختلف المذهب، هل يعتق على هذا المشتري أم لا؟ على ثلاثة أقوال[4]:

---

(1) (إلى المقر له... تصديق المقر): سقطت من «ج».

(2) في «خ»: (لتوفر).

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 698.

(4) ينظر: المدونة 8/ 332 ـ 359، والجواهر الثمينة 2/ 698.

أحدها: أنه يعتق عليه، وهو قول مالك في «المدونة» وغيرها.

والقول الثاني: أنه لا يعتق عليه؛ يعني: صاحب هذا القول ـ وهو غير ابن القاسم في «المدونة»، وهو أشهب وعبد الملك ـ إذا لم يتماد على قوله، وأما إن لم يزل على قوله الأول، فإنه يعتق عليه.

والقول الثالث ـ وهو قول المغيرة ـ إن ردت شهادة هذا الشاهد لجرحة[1] لَمْ يعتق عليه، وإن ردت لأنه انفرد بما شهد به، عتق عليه. يريد أيضاً المغيرة ما لم يدُم على قوله الأول ممَّا[2] شهد به فيعتق عليه، ويريد أيضاً أن الجرحة هي ما تُرد به شهادة الشاهد مما هو أعم من كبيرة أو عداوةً وشبه ذلك[3]، لا مخالفة المأمور به أو ارتكاب المنهي عنه خاصة. نص المغيرة على ما فسَّرنا به كلامه وبما فسَّرنا به كلام غير ابن القاسم ومن وافقه ـ وهو أيضاً المنقول[4] ـ يكون في المسألة ثلاثة أقوال ـ على نحو ما حكاه المؤلف ـ لا أربعة كما يشير إليه غير واحد، فإن ثبات المُقِر على قوله للذين أقر به أو شهد به أوَّلاً، مُوجب للحكم عليه بالعتق عند الجميع، وحيث قلنا: إنه يعتق على مشتريه، فلا نريد خصوصية المشتري؛ بل لو ملكه بغير ذلك من أسباب الملك من هبة أو صدقة أو غيرهما، فإنه يعتق عليه في القضاء والفتوى معاً[5].

فإن قلت: عطف المؤلف الشهادة على الإقرار في هذه المسألة، والإقرار فيها متعذر التصور، فإن شرط الإقرار كون الشيء المقر به تحت يد المقر؛ وإلا كانت شهادةً لا إقراراً.

قلت: الشرط المذكور إنما هو في إعمال الإقرار لا في كونه إقراراً، وشرط الشهادة: أن تكون عند الحاكم، فلذلك عطف المؤلف الشهادة على الإقرار.

---

(1) في «ج»: (بجرحة).
(2) في «خ»، (بما).
(3) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه 1/ 335، والمطلع 1/ 400.
(4) ينظر: الكافي 1/ 965، والقوانين الفقهية 1/ 204.
(5) الفتوى: ذكر الحكم المسؤول عنه للسائل. والقضاء: الحكم والفصل في الخصومة. التعاريف 1/ 550.

فإن قلت: جعل المؤلف لهذه المسألة صورتين: إحداهما في الإقرار، والأخرى في الشهادة كما قلتم، وذكر فيها ثلاثة أقوال، وقول المغيرة لا يمكن حصوله في صورة الإقرار.

قلت: رمَى المؤلف بالأقوال الثلاثة حيث يمكن تصورها، وإليك أن تفهم محل تلك الأقوال، وتنظر في كل واحدة من الصورتين وما تقبله من تلك الأقوال، وليس ذلك بعسير، والأظهر قول ابن القاسم عن مالك؛ لأن من بيده العبد مقر على نفسه بأنه لا يقبل الملك، فوجب أن يخرج عن يده، إلا أن لأشهب ومن وافقه أن يقول: لا نسلم أنه الآن مقر.

فإن قلت: إنه كان قبل هذا مقراً.

قلت: كان مقراً بما لا يلزمه فيه شيء، فحيث أقر لا يلزمه، وحيث يلزمه لم يقر. قال ابن القاسم عن مالك في «المدونة»: «وإن شهِد رجلان أن فلاناً أعتق عبده، فرَد القاضي شهادتهما، ثم اشتراه أحدهما بعد ذلك، عتق عليه»[1]. وقال في «العتبية» عن ابن القاسم فيمن أخبر عن رجل أنه أعتق عبده، ثم اشتراه منه، فإن كان أخبر بمعنى أنه علم ذلك منه أو سمعه أعتقه ليس بخبر غيره، رأيت أن يعتق عليه. قال ابن رشد: إن كلام ابن القاسم هذا تفسير لـ«المدونة». وحيث قلنا بالقول الثاني، فقال أشهب: يحلف على ذلك، وإن نكل عتق عليه، وكذلك إن قال: شهدت بالحق؛ ولكنها قد ردت ولا حجة له بذلك، وحيث حكمنا بعتقه، فولاؤه عند ابن القاسم للذي أخبر عنه أنه أعتقه[2]. وقال أشهب والمغيرة: ولاؤه للذي أعتق عليه[3].

هذا ما يحتمله كلام المؤلف هنا من الزيادة، وبقيت فروع تتعلق بالولاء حسنة تركناها إذ لا تعلق لها بكلام المؤلف، وفي كلام ابن يونس[4] منها ما

---

(1) المدونة 13/ 181.

(2) ينظر: المدونة 8/ 359، والجواهر الثمينة 2/ 698.

(3) نفس المصدر والصفحة.

(4) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، من علماء الترجيح المالكي، ومن الملازمين للجهاد. ألّف كتاباً في الفرائض وآخر في الفقه، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (451هـ) ودفن بالمنستير. ينظر: الديباج 1/ 274، وشجرة النور ص111.

فيه كفاية لمن أرادها[1].

قوله: ﴿ الصِّيغَةُ: لَكَ عَلَيَّ، أَوْ عِنْدِي، أَوْ أَخَذْتُ مِنْكَ ﴾.

يعني: الألفاظ التي تستعمل غالباً في الإقرار، وتجري مجرى الصريح في ذلك، واللفظ الأول من هذه الثلاثة قوي جداً، ولا يقبل أن يفسر بالوديعة ولا بالرهن وشبه ذلك، بخلاف اللفظين الأخيرين، على أن دعوى الوديعة وشبهها سيأتي في محله.

قوله: ﴿ وَمِثْلُهُ وَهَبْتُهُ مِنِّي، أَوْ بِعْتُهُ مِنِّي ﴾.

يعني: أنه مثله في إثبات الملك خاصة، ويختص الآخر من هذين اللفظين بتعلق اليمين على المقر له أنه لم يبع منه ما أقر له به بلا خلاف، واللفظ الذي قبله دعوى هبة، وفي توجهها وتعلق اليمين بسببها قولان.

قوله: ﴿ وَلَوْ قَالَ: لِي عَلَيكَ أَلْفٌ. فَقَالَ: سَاهِلْنِي فِيهَا وَشِبْهَهُ فَإِقْرَارٌ، وحَتَّى يَأْتِيَ وَكِيلِي وَشِبْهَهُ، قَولاَنِ ﴾.

أما إذا جاوب[2] **بقوله: (ساهلني فيها)**. فهذا صريح في تصديق المدعي، قال معنى هذا الكلام ابن عبد الحكم، وكذلك عنده إذا قال: اتزنها[3] مني[4][5]. قال ابن سحنون[6]: «ولو قال: والله لأقضيكها اليوم. أو قال: لا أعطيكها، أو لا أزنها[7] لك، ولا تأخذها اليوم مني. فهو إقرار، ولو قال: والله لا أعطيكها. قال: أبداً أو لم يقل، فليس بالإقرار»[8]. والقائل باللزوم في **قوله: (حتى يأتي وكيلي)**. هو ابن سحنون، والقائل بعدم اللزوم هو ابن عبد الحكم. قال ابن سحنون: «ولو قال: حتى يدخل علي من فائدة

---

(1) ينظر: التاج والإكليل 5/ 244.
(2) في «ج»: (أجاب).
(3) في «ج»: (اشتريتها).
(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 179، والجواهر الثمينة 2/ 699، والتاج والإكليل 5/ 224.
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 181.
(6) في «خ»: (سحنون).
(7) في «ج»: (لازمهما).
(8) النوادر والزيادات 9/ 181.

أو ربح، أو حتى يقدم مالي أو غلامي، أو حتى يأتي وكيلي، أو يقضيني غريمي، فهو إقرار»[1]. وقال محمد بن عبد الحكم: «ولو قال له: اتزن. أو قال: اجلس فانتقد. أو: زِنْ لنفسك. أو: حتى يأتي وكيلي يزِن لك. فهذا كله ليس بإقرار إن حلف»[2]. قال: «وإن قال: حتى يأتي وكيلي أو غلامي الذي فكَّها منك. فهو إقرار منه أن الوكيل أو الغلام قبضها، وليس بإقرار منه بها عليه، وقد يقول: حتى يأتي وكيلي أو غلامي فأساله عن ذلك»[3]. والأظهر من جهة اللغة قول ابن عبد الحكم، ومن جهة العرف قول ابن سحنون.

قوله: ﴿وَلَوْ قَالَ: مِنْ أَيِّ ضَرْبٍ تَأْخُذُهَا، مَا أَبْعَدَكَ مِنْهَا، وَشِبْهُهُ لَمْ يَلْزَمْهُ﴾.

هذا ظاهر إذا أجاب بمجموع هذا الكلام، فيكون **قوله**: **(من أي ضرب تأخذها)**. إنكاراً، وكذلك إذا أجاز **بقوله**: **(ما أبعَدَك منها)**. وحده، وأمَّا إنْ أجاب **بقوله**: **(من أي ضرْب تأخذها)**. فالأقرب أنه ليس بإقرار، إلا أنه يحلف أنه لم يرِد إلا الإنكار أو التهكم وشبه ذلك[4].

قوله: ﴿وَلَوْ قَالَ: أَليسَ لِي عِنْدَكَ أَلْفٌ. فَقَالَ: بَلَى أَوْ نَعَمْ، لَزِمَهُ﴾.

أما الجواب بـ**(بلى)** في هذا الموضع، فيتفق فيه العرف واللغة، وأما الجواب بـ**(نعم)**، فهو مساوٍ في هذا الموضع عرفاً للجواب بـ(بلى)، ولو رُوعي مقتضى[5] لسان العرب عند الأكثرين، لما لزمه في هذه المسألة شيء أجاب بـ(نعم)، ومن النحويين من ساوى بينهما في هذا الموضع، وليس هذا موضع بيان الصحيح من ذلك. قال في كتاب «ابن سحنون»: «ومن قال لرجل: أليس قد أقرضتني أمس ألف درهم؟ فقال الطالب: بلى أو نعم. فجحد المقر، فالمال يلزمه، ولو قال: أمَا أقرضتني؟ أو قال: ألم تقرضني؟ فهو

---

(1) النوادر والزيادات 9/ 181.

(2) النوادر والزيادات 9/ 179، والجواهر الثمينة 2/ 699.

(3) النوادر والزيادات 9/ 181.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 180، والجواهر الثمينة 2/ 699، والذخيرة 9/ 270.

(5) في «خ»: (بمقتضى).

سواء، يلزمه إن ادعى الطالب المال»[1]. وهذا قريب مما قاله المؤلف أو هو بعينه؛ لكن قال محمد بن عبد الحكم: «يحلف المقر ولا يلزمه شيء، وإنما سأله بالاستفهام ما عنده من العلم، فليس قوله: **(أليس)** بإقرار، وكذلك: ألم تقرضني كذا؟»[2]. وهذا ليس موافقاً لما قلناه عن أكثر النحويين، فإن ابن عبد الحكم ساوى بين الجواب بـ(بلى) و(نعم) في هذا الموضع، وحمل الكلام على الاستفهام كما ذكر، لا على أنه أقر حتى ينظر في جواب المقر له، هل وافق على ذلك الإقرار أم لا؟ قال ابن عبد الحكم وابن المواز: «وأمَّا إن قال: ألم أوفِّك العشرة دراهم[3] التي لك علي؟ فقال: لا. فهو إقرار. قال ابن المواز: ويغرم العشرة بلا يمين. قال: وإنما استفهم في القضاء»[4].

قوله: ﴿الْمُجْمَلَةُ: لَهُ عَلَيَّ شَيءٌ، يُقْبَلُ تَفْسِيرهُ وَإِنْ قَلَّ، ويُسْجَنُ للتَّفْسِيرِ وإِنْ طَالَ، وَقِيلَ فِي مِائَةٍ وشَيءٍ: لاَ يَلْزَمُهُ إلا مِائَةٌ﴾.

لمَّا قدَّم الكلام على جواب المدعي بالصريح والظاهر، أخذ يتكلم على المجملة، ولا شك أن لفظة: **(شيء)** من المجملات؛ بل هي كما قال النحاة: أنكر النكرات، فلذلك يُقبل تفسير المقر بما فسَّره؛ لكن بشرط ألا يكذبه العرف، فإن خالفه المقر له حلف على رد دعواه، كما يحلف لو لم يتقدم منه إقرار، فإن أبى من التفسير، أو فسَّر كلامه بما يكذبه فيه العُرف، ولجَّ في ذلك، فإنه يسجن[5]. قال المؤلف وغيره: وإن طالب. قال بعضهم: وإنما يُحكم بذلك إذا لم يدَّع المقر له علْم ذلك، وزعم أنه لا يعرفه، ولو ادعى معرفة ذلك كان المقر بتأبيه من التفسير كالنَّاكل[6]، فيحلف المقر له على ما يدعي ويأخذه[7]، ولهذا المعنى تعلق بكتاب الدعوى، والكلام عليه هناك.

---

(1) النوادر والزيادات 9/ 187، والتاج والإكليل 5/ 224.
(2) نفس المصدر والصفحة.
(3) في «ق»، «ج»: (الدراهم).
(4) النوادر والزيادات 9/ 187، والتاج والإكليل 5/ 224.
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 123، والمعونة ص1251، والجواهر الثمينة 2/ 701، والذخيرة 9/ 286.
(6) في «ج»: (كالناكر).
(7) ينظر: الجواهر الثمينة 12/ 701.

وأما قول المؤلف: **(وقيل في مائة شيء ولا يلزمه إلا مائة)**. فإشارة إلى تخريج الخلاف في كل واحدة من المسألتين في الأخرى[1]؛ ولكنه لم يجزم بذلك؛ لأن الناس كثيراً ما يستعملون مثل هذا الكلام في كمال العدد الذي يقرون به، فيقول القائل: لي عندك، أو لك عليَّ عشرة وشيء، ومرادهم عشرة كاملة أو وافية، وشبه ذلك[2]، والحاصل أن الحقيقة العرفية في هذه الصورة، مخالفة للحقيقة اللغوية.

قوله: ﴿ولَهُ فِي هَذِهِ الدَّارِ، أَوِ الأَرْضِ، أَوِ الحَائِطِ حَقٌّ، وَفَسَّرَهُ بِجِذْعٍ أَوْ بَابٍ مُرَكَّبٍ وشبهه[3] فَثَالِثُهَا: الفَرْقُ بَيْنَ مِنْ وَفِي﴾.

معنى القول الثالث، وهو قول ابن عبد الحكم: أنه إن قال له: من هذه الدار حق، أو من هذه الأرض، أو من هذا الحائط. لم يُقبل منه تفسيره بالجدع والباب[4] وشبههما، وجعَل (مِنْ) تبعيضيّة، ورأى كونها لابتداء الغاية أو غير ذلك من معانيها بعيداً هاهنا، ويُقبل عنده هذا التفسير إذا قال: له في هذه الدار أو الحائط أو الأرض حق[5]. والقولان الأولان لسحنون، كان يقول أولاً[6]: يُقبل ذلك منه ويصدق. ثم رجَع إلى أنه لا يُقبل[7]. وقوله الأول هو قول أهل العراق[8]، وهو الأقرب في عرف الاستعمال، والقول الثالث ظاهر بالنسبة إلى اللغة، والله أعلم.

هذا كله إذا قيَّد المقِر لفظ الحق بالنسبة إلى دار أو أرض أو شبهها، فلو أطلقه؛ كقوله: لك عليَّ حق. لكان مثل قوله: لك عليَّ شيء. فلو فسَّره بأن قال: أردت حق الإسلام، ففي كتاب «ابن سحنون»: «أنه لا يصدق، ولا بد أن يقر له شيء، ويحلف على دعوى الطالب إن ادعى أكثر منه. قال: وكان

---

(1) في «ج»: (الإقرار).
(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 701.
(3) سقطت من «ق»، «خ».
(4) في «خ»: (والدار).
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 212، والجواهر الثمينة 2/ 702.
(6) (أولاً): سقطت من «ج».
(7) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 124، والجواهر الثمينة 2/ 702، والذخيرة 9/ 288.
(8) ينظر: المبسوط للسرخسي 18/ 62.

سحنون يقول: ينظر فيه على نحو ما ينزل مما يتكلمان فيه، فإن كانا تنازعا في ذكر المال أخذناه بذلك، وإن تنازعا فيما يوجب بعضهما لبعض من حق وحرمة، لم يؤخذ في هذا بالمال، وقد يقول: ما أوجب حقي عليك أني أكبر سناً منك، أو أني لقريبك، فيقول الآخر: لك عليَّ حقوق، يقول: حق الإسلام والقرابة والجوار، فيجري هذا على ما يستدل عليه من كلامهما»[1].

قوله: ﴿ وَلَهُ عَلَيَّ مَالٌ، قِيلَ: نِصَابٌ، وَقِيلَ: ربعُ دينَارٍ أوْ ثَلاَثَةُ دَرَاهِمٍ، وَقِيلَ: تَفْسِيرهُ ﴾.

القول الأول: هو الأشهر في المذهب، وهو منسوب لابن وهب[2] من المتقدمين، ومثله لابن المواز، فيمن أوصى بأن لفلان عنده مال[3].

والقول الثاني لابن القصار، وذكر أن المسألة ليست بمنصوصة لمالك، وأن هذا الذي يوجبه النظر عندي على مذهب الإمام[4] مالك[5].

والقول الثالث في كتاب «ابن سحنون»، وهو اختيار الشيخ أبي بكر الأبهري[6][7]، وهو مذهب الشافعي[8] وأبي حنيفة[9]، ولولا أن عرف الاستعمال يدل على أن المال هو الذي له قدر معتبر، لكان هذا القول أظهر

---

(1) النوادر والزيادات 9/ 123.

(2) هو عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي، عالم بالفقه والسنن. من أهم مؤلفاته: «الجامع في الحديث»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (197هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص155، والديباج 1/ 132.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 118، والمعونة ص1245، والجواهر الثمينة 2/ 703.

(4) (الإمام): سقطت من «ق»، «ج».

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 703.

(6) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن صالح بن حفص بن مصعب الأبهري، كان ثقة أميناً. له عدة مؤلفات منها: «شرح المختصر الكبير» لابن عبد الحكم، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ ببغداد سنة (375هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص186، والديباج 1/ 255.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 181، والجواهر الثمينة 2/ 703، والتاج والإكليل 5/ 228.

(8) ينظر: الأم 6/ 27، والوسيط 3/ 332، وإعانة الطالبين 3/ 195.

(9) ينظر: مختصر اختلاف العلماء 4/ 220، والدر المختار 5/ 591.

الأقاويل الثلاثة عندي، لَما في «الصحيح» من قوله ﷺ: «مَنْ اقْتَطَع مال امرئٍ مسلم بيمينه، حرَّم الله عليه الجنة وأوجب له النَّار»، قيل: يا رسول الله، وإنْ كان شيئاً يسيراً؟ قال: «وإنْ كان قضيباً من آراك»[1]. نقلت هذا الحديث من حفظي؛ ولكن العرف كما قلنا يدل على أن لفظ المال مقصور على ما له قدَرٌ وبَالٌ.

قوله: ﴿ وَمَالٌ عَظِيمٌ كَذَلِكَ، وَقِيلَ: مَا زَادَ عَلَى النِّصَابِ، وَقِيلَ: قَدْرَ الدِّيةِ ﴾.

الإشارة **بقوله: (كذلك)**. إلى الخلاف المذكور في المسألة السابقة؛ أي: اختلف في قولك: عليَّ مال عظيم، كالخلاف في[2] قوله: لك عليَّ مالٌ. ولا يقول: عظيم، ولا غيره من الصفات، وزاد في هذه المسألة قولين آخرين[3]:

أحدهما: أنه لا يُقبل تفسيره إلا بما زاد على النصاب.

والقول الثاني: لا يُقبل إلا بقدر الدِّية، ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم، فيكون في هذه المسألة خمسة أقوال، وإنما حكى ابن شاس عن القاضي عبد الوهاب أن هذين القولين الآخرين وجهان في الكلام، وكان اللفظ عنده يقبلهما، فإن فسَّر المقِر كلامه بأحدهما قُبِل منه، إلا أنهما قولان ذهب إلى كل واحد منهما ذاهب، فقف على كلامه وتأمله[4]. والأقرب عندي في هذه المسألة وفيما يشبهها، أن يرجع إلى عرف الاستعمال، فإن فسَّر المقر كلامه بما يوافق العُرف فأزيد قُبِل منه، وإن فسَّره بما يكذبه العرف لم يلتفت إلى قوله وسجن حتى يفسره، أو يُعَد ناكلاً على ما تقدم، وحيث قبلنا تفسيره، فلا يبعد في بعض الصور أن يستظهر عليه باليمين، وهذا الأصل الذي يعول عليه، والله أعلم.

قوله: ﴿ وَلَهُ كَذَا مِثْلُ شَيْءٍ ﴾.

يعني: إذا أقر بأن لزيد عليه كذا، ولم يزِد على هذا اللفظ، فإنه يُقبل

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه 1/ 122، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار.

(2) (قولك... كالخلاف في): سقطت من «ج».

(3) ينظر: المعونة ص1246، والجواهر الثمينة 2/ 703.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 703.

تفسيره لهذا الكلام بكل ما يقبل تفسيره إذا أقر بلفظ: **(شيء)**[1]، وقد تقدم عن النحويين أن لفظة: (شيء) أنكر النكرات[2]، فتكون أعم من لفظة: **(كذا)** وهذا هو ظاهر كلام الفقهاء في لفظة: (كذا) أنها أخص من لفظة: (شيء) وأن لفظة: (شيء) قابلة لأن تفسر بكل ما يُتملك حتى في أجزاء الممتلكات، وأن لفظة: (كذا) لا تفسّر بالأجزاء كالنصف والثلث، وإنما هي كفاية عن واحد من المعدود، فعلى هذا إذا قال له: لك عليَّ شيء. قبل تفسيره بنصف درهم أو ربع ثوب وشبه ذلك[3]، وإذا قال: لك عليَّ كذا. لم يُقبل تفسيره إلا بواحد كامل من ذلك، والله أعلم.

وهذا بيِّنٌ على مذهب ابن عبد الحكم[4]، نعم، فيه نظر على مذهب سحنون في المسألة الآتية.

قوله: ﴿ فَأَمَّا كَذَا دِرْهَماً: فَعِشْرُونَ، وَكَذَا كَذَا دِرْهَماً: أَحَدَ عَشَرَ، وَكَذَا وَكَذَا: أَحَدٌ وَعِشْرُونَ، قَالَ: سُحْنُونٌ: ما أَعْرِفُ هَذَا، وَيُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ ﴾.

يعني: فإن فسَّر الجنس الذي كنَّى عنه بـ(كذا)، مثل **قوله: (كذا درهماً)**. جُمِل على أنه عشرون[5]؛ لأنه يميَّز شيء من العدد غير المركب بالمفرد المنصوب إلا بعد العقود، وذلك من عشرين إلى تسعين، فيلزم المقر أقل من ذلك وهو عشرون، ويحلف فيما زاد إن ادعى المقر له أكثر من عشرين[6]، ومثل هذا المعنى إذا قال: كذا كذا درهماً. فإن كذا كذا، كناية عن المركب، وهو من أحد عشر إلى تسعة عشر، فيلزم المقر أقل ذلك، وهو أحد عشر[7]، فلو قال: كذا وكذا بالعطف، لزمه أحد وعشرون[8][9]؛ لأن المعطوف في

---

(1) ينظر: المعونة ص1251، والجواهر الثمينة 2/ 703.
(2) ينظر ص175.
(3) ينظر: الجواهر الثمينة 9/ 123، والمعونة ص1251.
(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 123.
(5) ينظر: المعونة ص1251، والجواهر الثمينة 2/ 704.
(6) ينظر: المعونة ص1251، والتاج والإكليل 5/ 229.
(7) ينظر: المعونة ص1251، والجواهر الثمينة 2/ 704.
(8) في «خ»: (أحد عشر).
(9) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 119، والمعونة ص1251، والجواهر الثمينة 2/ 704.

العدد من أحد وعشرين إلى تسعة وتسعين، واستغنى المؤلف هاهنا عن ذكر المميز بما قدمه في المركب قبله، أو بما قدمه قبل ذلك، وهو عشرون، فإنها أول ما يصح عليه العطف، وعلى هذا التقدير، فلو قال: كذا درهم. للزمه مائة درهم؛ لأن ذلك أول عدد يضاف إلى المفرد[1]، ولو قال: كذا دراهم. للزمه ثلاثة؛ لأنها أول عدد يضاف إلى الجمع[2]، هذا هو كلام غير واحد من النحويين في هذا الفصل، ومثله عن ابن عبد الحكم[3]. وقال سحنون: «ما أعرف هذا»[4]. إشارة منه إلى أن المعتبر في الإقرار هو عرف الاستعمال لا مقتضى اللغة، وهو الحق، فإن وافق اللغة فكذلك، وإن خالفها وفسر المقر كلامه بما لا يخالفه العرف، قبل منه على ما تقدم، وإلا لم يقبل منه[5][6].

قوله: ﴿وَلَهُ خَمْسُونَ وَنَيِّفٌ فتَفْسِيرُهُ، وَقِيلَ: ثَلَاثٌ، وَقِيلَ: ثُلُثُ الأَوَّلِ﴾.

يعني: أنه اختلف المذهب على ثلاثة أقوال[7] في الذي يلزم المقر بالنَّيف، فقيل: يلزمه ما فسر به كلامه من قليل أو كثير، كان واحداً من العدد الذي عطف عليه النَّيف أو جزءاً من ذلك الواحد، فلو قال: خمسون درهماً ونيف، وفسَّر النيف بنصف درهم أو بدانِق[8]، أو بغير ذلك من الأجزاء، قُبِل منه. وقيل: لا يُقبل منه إلا ثلاثة دراهم، وهذا القول ذكره الشيخ أبو إسحاق[9] بن شعبان[10]، وهو أقرب إلى اللغة على ما تقف عليه، والقولان

---

(1) ينظر: التاج والإكليل 5/ 229.

(2) ينظر: الذخيرة 9/ 292.

(3) ينظر: المعونة ص1251، والجواهر الثمينة 2/ 704، والتاج والإكليل 5/ 229.

(4) النوادر والزيادات 9/ 119، والجواهر الثمينة 2/ 704.

(5) (منه): سقطت من «ق»، «خ».

(6) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 119.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 121، والجواهر الثمينة 2/ 407، والتاج والإكليل 5/ 229، والقوانين الفقهية 1/ 208.

(8) (أو بدانق): سقطت من «ج». والدَّانِقُ: بكسر النون وفتحها، وزن من الأوزان، وهو سدس الدرهم. ينظر: لسان العرب 10/ 105، (دنق).

(9) (الشيخ أبو إسحاق): سقطت من «ق»، «خ».

(10) هو محمد بن القاسم بن شعبان المصري أبو إسحاق المعروف بابن القرطي، فقيه متفنن انتهت إليه رياسة المالكية بمصر. ألف كتاب في الفروع سماه «الزاهي»، =

الباقيان بعيدان عن اللغة، ولا سيما الثالث منهما، وذكره أيضاً ابن شعبان، ومراده بثلث الأول؛ أي: ثلث المعطوف عليه[1] النَّيِّف، وسواء أخَّر لفظ النَّيِّف، أو قدمه وعطف عليه العدد. هكذا ذكر الفقهاء هذه المسألة. قال الجوهري: «النَّيِّف الزيادة، يُخفف ويُشدد، وأصله، يقال: عشرة ونَيِّف، ومائة ونَيف، وكل ما زاد على هذا العقد فهو نيف حتى يبلغ العقد الثاني»[2].

قلت: هذا يدل على فساد القول الثالث، فإن ثلث الخمسين في قول المقر له: عليَّ خمسون ونيف. تزيد عن الستين؛ لأنه أكثر من[3] ثلث الخمسين. قال الجوهري: «ونيف فلان على التسعين؛ أي: زاد. وأناف على الشيء؛ أي: أشرف. وأنافت الدراهم على المائة؛ أي: زادت»[4]. وينبغي أن يكون المُعوَّل عليه من هذه الأقوال هو القول الأول؛ لموافقته اللغة، ولأنه لم يثبت أن أهل العرف غيّروا الاستعمال اللغوي في ذلك.

قوله: ﴿ وَفِي أَلْفٍ ودِرْهَمٍ وَشِبْهِهِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِثْلَ أَلْفٍ وَوَصِيفٍ، قُبِلَ تَفسِيرُهُ، وَإِلاَّ فَمَعْطُوفُهَا ﴾.

يعني: أن المذهب اختلف على ثلاثة أقوال[5]، فيمن قال على سبيل الإقرار منه: لفلان عندي ألف ودرهم، أو ألف وثوب، أو ألف وقفيز[6] حنطة، أو ألف ووصيف[7]، هل تكون الألف مجملة في هذه الوجوه، ويرجع إليه في تفسير ما أقر به حتى لو قال: أنها ألف بيضة ودرهم واحد، أو ألف

= وله أيضاً: «أحكام القرآن»، و«مختصر ما ليس في المختصر»، وغيرها من الكتب، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (355هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص159، وسير أعلام النبلاء 16/ 78، والديباج 1/ 248.

(1) (عليه): سقطت من «ج».
(2) الصحاح 4/ 1436، (نيف).
(3) (من): سقطت من «ج».
(4) الصحاح 4/ 1437، (نيف).
(5) ينظر: المعونة ص1250، والجواهر الثمينة 2/ 704، 705.
(6) القَفِيزُ: هو مكيال تتواضَعُ الناسُ عليه، والجمع أَقْفِزَةٌ وقُفْزانٌ. لسان العرب 5/ 396، (قفز).
(7) الوصيف: الخادم غلاماً كان أو جارية. لسان العرب 9/ 359، (وصف).

درهم وثوب واحد، أو ألف ثوب ووصيف لقبل ذلك منه[1]، أو لا يقبل منه إلا أن يفسر بجنس المعطوف، كما لو قال ألف ثوب وثوب، أو ألف وصيف ووصيف، أو ألف درهم ودرهم، فيكون المعطوف مفسراً للمعطوف عليه، أو يفرق ـ وهو القول الثالث ـ بين أن يفسر الألف بما جرت العادة به في العدد وكثر تناول الناس له مع مباينته للمعطوف، فهذا يُقبل منه، إلا إذا قال: ألف ودينار. وفسَّر الألف بالدرهم فلا يُقبل منه، بخلاف العكس، ولو كان على خلاف ذلك لقبِل منه، هذا معنى ما في كتاب «ابن سحنون»[2] على ما حكاه المؤلف، وله وجه بحسب العرف، والقول الأول لابن القصَّار، وهو أصح إن لم يثبت العرف[3]، والله أعلم.

قوله: ﴿وَالوَصِيَّةُ بِجُلِّ المِائَةِ وَقُرْبِهَا وَنَحْوِهَا قِيلَ: الثُّلُثَانِ فَمَا فَوقَهُ باجْتِهَادِ الحَاكِمِ، وَقِيلَ: الثُّلُثَانِ، وَقِيلَ: أَحَدٌ وَخَمْسُونَ﴾.

وقعَت هذه المسألة منصوصة في الوصية، وذكرها المؤلف وغيره[4] في باب الإقرار لاتحاد البابين في هذا النوع، وإن كانا قد يختلفان في غير هذا، والقول الأول أشبه، ولا يكاد أهل العرف يستعملون لفظة: الجُل، والقُرب، والنَّحو، في الثلثين، بخلاف لفظة: (أكثر) في المائة، وحكى سحنون هذه الأقوال عن أصحابنا ولم يسم قائلها[5].

قوله: ﴿وَقَالُوا فِي مِائَةٍ إلاَّ قَلِيلاً، وإِلاَّ شَيئاً كَذَلِكَ﴾.

الضمير ـ فاعل قال ـ يحتمل عوده على القائلين الثلاثة في مسألة الوصية السابقة ـ وكذلك هو النقل[6] ـ ويحتمل عوده على أهل المذهب، وهذه المسألة أيضاً نص عليها سحنون في الوصية، وجعلها مع التي فوقها مسألة واحدة[7]،

---

(1) ينظر: المعونة ص1250.
(2) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 122، والجواهر الثمينة 2/ 705.
(3) ينظر: الذخيرة 9/ 278، والجواهر الثمينة 2/ 704.
(4) (وله وجه بحسب... المؤلف وغيره): سقطت من «ج».
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 120، والبيان والتحصيل 10/ 485، والجواهر الثمينة 2/ 705.
(6) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 120، والقوانين الفقهية 1/ 208.
(7) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 120.

وهو الذي أراده المؤلف، ولذلك يجعل التي بعدها في الإقرار وحده، وبهذا يترجح أن مراد المؤلف هنا من الاحتمالين هو الأول وحده، وكأنه أشار إلى أنه لا ينبغي أن يُخرَّج من الإقرار في الوصية، ولا من الوصية في الإقرار؛ لأن كل واحد منهما أصل مستقل بنفسه، ألا تراهم نصَّوا في مسألة الاستثناء في الوصية على هذا، ونصَّوا على خلافه في الإقرار.

قوله: ﴿ وَقَالُوا: لَوْ أَقَرَّ بِمِائَةٍ إِلاَّ شَيْئاً، لَزِمَهُ أَحَدٌ وَتِسْعُونَ، وَفِي عَشَرَةِ آلافٍ إِلاَّ شَيْئاً، تِسعَةُ آلافٍ وَمِائَةُ دِرْهَمٍ ﴾.

هذا الفرع هو إمَّا تأكيد لاعتقاد الفرق بين الوصية والإقرار، وإمَّا إشكال في المسألتين لاعتقاده المساواة بينهما؛ ولكنهم فرّقوا بين الإقرار والوصية، وحقهم أن يفرقوا بينهما، وهو الأقرب إلى مراده، والله أعلم.

إلا أن هذا الفرع في الإقرار ذكره ابن الماجشون(1)، ولا نعلمه لغيره، ومن مذهبه أنه لا يجوز استثناء الصحيح من العدد، وإنما يجوز استثناء الكسر(2)، فلا يجوز عنده: له عندي عشرة دراهم إلا ثلاثة، وإنما يجوز: إلا نصف درهم وشبهه، وكذلك نسبة العشرات عنده إلى المائة(3)، فيجوز عنده: له عندي مائة إلا واحداً وإلا اثنين إلى تسعة، ولا يجوز إلا عشرة؛ لأن نسبة العشرة(4) إلى المائة، كنسبة الواحد إلى العشرة، وكذلك عشرة آلاف لا يجوز استثناء ألف منها، فلا يقال: له علي عشرة آلاف إلى ألفاً، وإنما يقال: له عليَّ عشرة آلاف إلا مائة، وإلا مائتين، إلى تسعمائة؛ لأن نسبة الألف إلى عشرة آلاف كنسبة المائة إلى الألف، وإلا مائتين، إلا تسعمائة؛ لأن نسبة الألف إلى عشرة آلاف كنسبة المائة إلى الألف(5).

وهذا المذهب على ما هو عليه من الضعف ـ إذا سُلِّم ـ لا يلزم منه صحة هذا الفرع الذي ذكره المؤلف؛ إلا لو كان يحمل الاستثناء على أقل ما

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 121، والجواهر الثمينة 2/ 701.
(2) في «خ»: (الكثير).
(3) (فلا يجوز. . . إلى المائة): سقطت من «ج».
(4) في «ق»: (العشرات).
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 121، والذخيرة 9/ 301.

يمكن، وينطبق عليه اسم شيء، وكما أنه يجوز عنده استثناء تسعة من مائة، فكذلك يجوز استثناء أقل من تسعة، وكما أنه يجوز استثناء تسعمائة من عشرة آلاف، فكذلك يجوز استثناء أقل من تسعمائة[1]، فَلِمَ حمل الشيء المستثنى على أكثر ما يمكن، ولم يحمله على الأقل؟ غير أنه يمكن الجواب عن ذلك بأن يقال: القاعدة[2] في الإقرار أنه يحمل كلام المقر على أقل ما ينطبق[3] عليه الاسم، وعلى أقل ما يتناوله كلامه، وهذا يلزمه عليه قطعاً أن يُحمل الشيء المستثنى على ما ذكره المؤلف لا على أقل ما ينطبق[4] عليه الاسم المستثنى، فإن ذلك يوجب زيادة على المُقر، وهو خلاف الأصل ـ والله أعلم ـ فلم يبقَ الإشكال إلا فيما قدَّمنا أولاً من أنه لا يجوز إلا استثناء الكسر[5]، وعادتهم يوجهون ذلك بما لا أرضى ذكره هاهنا.

قوله: ﴿وَدِرهَمٌ عَلَى الْمُتَعامِلِ بِهِ عُرْفاً وَلَوْ مَغْشُوشَةً، وَإِلاَّ فَزِنَةُ سَبْعَةِ أَعْشَارِ دِينَارٍ مِنْ الفِضَّةِ، فَلَوْ فَسَّرَ مُتَّصِلاً قُبِلَ﴾.

يعني: أن من أقر بدرهم أو بدراهم، فإمَّا أن يطلق ما أقر به وإمَّا أن يقيده، فالأول إنْ فسَّر إقراره بما يتعامل به أهل البلد فما هو خير منه قُبِل ذلك، سواء كان ما أقر به ممَّا يتعامل به أهل ذلك البلد جيداً أو رديئاً، وازناً أو ناقصاً[6]، وهذه المسألة وشبهها، مما يبين لك أن العموم عندهم يتخصص بالعادة، على أن هذه المسألة بخصوصيتها، هل هي من باب تخصيص العام بذلك أو من تقييد المطلق؟ وعلى التقديرين، فهل العادة هنا قولية أو فعلية؟ فيه نظر، والأقرب أنه من تقييد المطلق[7]، وأن العادة فعلية، وإنما ذكرنا هذا هنا؛ لأن بعض المتقدمين من كبار الشيوخ أشار في هذه المسألة إلى شيء مما

(1) (تسعة... تسعمائة): سقطت من «خ».
(2) في «ج»: (العادة).
(3) في «ج»: (ينطلق).
(4) في «ق»، «خ»: (ينطلق).
(5) في «خ»: (الكثير).
(6) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 131، والمعونة ص1254، والجواهر الثمينة 2/ 705، والذخيرة 9/ 275 ـ 282.
(7) (وعلى التقديرين... المطلق): سقطت من «ج».

قلناه، وأما قول المؤلف: وإلّا فَزِنة سبعة أعشار دينار. فيعني به: وإن لم يكن عرف يقيد هذا المطلق لزمه الدرهم الشرعي[1]، أو الدراهم الشرعية المعروفة[2] بوزن سبعة، وهو الدرهم الذي وزنه خمسون حبة وخُمسَا حبة من الشعير؛ لأن ذلك سبعة أعشار وزن الدينار الشرعي، الذي وزنه اثنان وسبعون حبة من الشعير، على ما هو الصحيح في مقداري الدينار والدرهم الشرعيين[3]، لا غير ذلك مما قيل فيه، على ما بيَّناه في كتاب الزكاة، حيث تبع المؤلف فيه غيره، ولو عرَّف المؤلف هنا لفظة دينار حتى تكون الألف واللام فيه للعهد، لكان أحسن؛ ولكنه قال: سبعة أعشار دينار مُنكر، ولا يدرى ما وزن ذلك الدينار، هذا معنى ما أشار إليه في هذا الموضع، وهو صحيح ـ أعني: في حمل الكلام المقر على الدرهم الشرعي ـ لكن بشرطين:

أحدهما: أن يكون عند أهل ذلك البلد شعور بمقدار الدرهم الشرعي

الثاني: أن لا يكون أهل ذلك البلد ممن يتعامل بالدراهم البتة.

وإلّا فإن انعدم الشرط الأول، فكيف يقيد كلامهم بما ليس لهم به شعور، وكثير من الفقهاء لا يعلمون وزن الدرهم الشرعي، ومن علمه منهم يختلفون في مقداره، فكيف بالعوام! وإن انعدم الشرط الثاني، وكانت في البلد دراهم مختلفة الوزن أو الجودة، وجب أن يحمل كلام المقر على أقلها وزناً وأدناها صفة، فإن خالفه المقر له، حلف المقر[4]، على ما تقدم. وأما في **قول المؤلف: (فلو فسَّر متصلاً قُبِل)**. فمعناه: فلو فسَّر المقر في هذه المسألة كلامه بما تكذبه فيه العادة؛ لكنه وصَل التفسير بكلامه، فإنه يُقبل منه، بخلاف التفسير المنفصل، فإنه كالعدم. وهو صحيح إذا كان هذا التفسير يقبله كلامه ولو على بُعد[5]، فأمَّا إن قال: الدراهم رصاص. وشبه ذلك، فإنه لا يُقبل

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 706.
(2) في «ج»: (المعروف).
(3) ينظر: التاج والإكليل 2/ 278.
(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 131.
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 135، والجواهر الثمينة 2/ 706.

منه؛ لأنه لا ينطلق على هذا الفرع دراهم عرفاً[1]. هذا ما يتعلق بكلام المؤلف، ولعله أراد أن المقر لم يبيِّن الوجه الذي تعلقت به الدراهم المقر بها في ذمته أو تحت يده، وأما لو ذكر في إقراره أنها تخلدت في ذمته من بيع، وخالفه في ذلك المقر له، فيرجع الحكم فيها إلى ما تقدم في اختلاف المتبايعين، ولو أضاف ذلك إلى أنه تعلق بذمته من قرض، فإنه إن أقر بما يقرضه الناس غالباً قُبِل منه، وإن أقر بما لا يقرضه الناس، فقال ابن سحنون: إن أصحابنا اختلفوا فيمن أقر بفلوس، وقيَّدها بأنها الفلوس الكاسدة[2] وأنها من قرض، فقال بعضهم: يُقبل. وقال بعضهم: لا يُقبل. وكذلك حكى عن أهل العراق أنهم اختلفوا فيه. قال: ولو وَصَل ذلك بقوله: إنها وديعة. ثم ذكر بعد ذلك أنها زيوف[3]، أو أنها بهارج[4]، لقبِل منه، بخلاف أن لو كان ذلك من غصْب أو قرْض[5]. وذكر ابن عبد الحكم فيمن أقر بدراهم وديعة، ثم قال: هي مغشوشة. فإنه اختلف قول ابن القاسم، هل يُقبل ذلك منه أم لا[6]؟

قوله: ﴿ وَدَرَاهِمَ كَثِيرَةٌ، قِيلَ: أَرْبَعَةٌ، وَقِيلَ: تِسعَةٌ، وَقِيلَ: مِائَتَانِ ﴾.

هذه الأقوال لا يظهر لها ولا لواحد منها حجة بيّنة، ولا شك في مخالفتها اللغة، فإن شهد عرف قوم بشيء منها قُبِل، وإلا لم يُقبل.

فإن قلت: لو أقر بالعدد القليل لزمه ثلاثة، فينبغي أن يلزمه أربعة إذا أقر بالعدد الكثير؛ لوجوب زيادة العدد الكثير، والزيادة المحققة[7]، واحدٌ لا أكثر.

قلت: إنما التزم ثلاثة إذا أقر بدراهم قليلة؛ لأن الثلاثة أقل الجمع عند

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 134، 135، والجواهر الثمينة 2/ 706.
(2) في «ج»: (الفاسدة).
(3) زيوف: أي دراهم مردودة لغش فيها. ينظر: لسان العرب 9/ 142، (زيف).
(4) بهارج: البهْرج الباطل والرديء من الشيء. ينظر: لسان العرب 2/ 27، (بهرج).
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 136، 137.
(6) ينظر نفس المصدر والصفحة.
(7) في «ج»: (المختلفة).

المحققين[1]، فهي أقل القليل من هذا النوع[2]، ولا يلزم من رفع أقل القليل وجود الكثير؛ لبقاء أعداد أُخَر هي من نوع القليل، والحاصل أن الثلاثة مع الكثير يتقابلان تقابل الضِّدين، لا تقابل النقيضين، فلا يلزم من رفع أحدهما وجود الآخر، لبقاء أضداد أُخر، ومن ألزمه مائتين فكأنه[3] اعتبر الكثرة الشرعية وألزمه أقلها، ولا يظهر هنا. ويلزم هذا القائل إذا أقر بإبل كثيرة، أن يجب عليه خمسة، وإذا أقر بدنانير كثيرة، أن يجب عليه عشرون[4].

قوله: ﴿ وَلاَ قَلِيلَةٌ وَلاَ كَثِيْرَةٌ: أَرْبَعَةٌ ﴾.

لا شك أن هذا القول مخالف للقول الأول من الأقوال الثلاثة في الفرع الذي قبل هذا، وإنما يبقى النظر على أي القولين يجري من القولين الباقيين، ولمَّا كانا مشكلين على ما بيّناه، كان المبني عليهما كذلك، ولا شك أيضاً في أن هذا القول لا يجري على مقتضى اللسان العربي؛ لأن الأربعة من العدد القليل، والمقر قد وصف الدراهم المقر بها بأنها ليست بقليلة، وأيضاً فإنه لا يوجد على مقتضى اللسان العربي عادة ليس بقليل ولا كثير، على ما تقرر في جمع القلة وجمع الكثرة، فلم يبق إلا الرجوع إلى العرف[5]، ولم يثبت عندنا فيه شيء.

قوله: ﴿ وَدِرْهَمٌ إِلَى عَشَرَةٍ قِيلَ: تِسعَةٌ، وَقِيلَ: عَشَرَةٌ ﴾.

لا شك في دخول الدرهم الأول الذي هو ابتداء غاية الدراهم المقر بها[6]، والخلاف في دخول ما بعد (إلى) في حكم ما قبلها مشهور عند

---

(1) ينظر: إرشاد الفحول 1/ 216، والإحكام للآمدي 2/ 242.

(2) خلافاً لابن عبد البر الذي يرى أن الاثنان أقل. ينظر: التمهيد 7/ 185، والمعونة ص1298.

(3) في «ج»: (فإنه).

(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 117، 118، والمعونة ص1248، 1249، والجواهر الثمينة 2/ 706.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 118.

(6) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 706. ومنها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا خَلَوْاْ إِلَىٰ شَيَٰطِينِهِمْ﴾ [البقرة: 13] أي: مع شياطينهم. ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 1/ 206، وجامع البيان للطبري 1/ 130، وتفسير القرآن العظيم لابن كثير 1/ 52.

الفقهاء[1] والنحويين، والأكثرون من الفقهاء يرون دخول ما بعدها في حكم ما قبلها إذا اتفقا في الجنس[2]. وظاهر المذهب دخول المرفقين والكعبين في حكم الذراعين والرجلين[3][4]. وفي المذهب مسائل كثيرة من هذا النوع، لا معنى لجلبها في هذا الموضع لشهرتها.

قوله: ﴿ وَمَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ، قَالَ سَحْنُونٌ: عَشَرَةٌ مَرَّةً، وتِسعَةٌ مَرَّةً، وَثَمانِيَةٌ مَرَّةً ﴾.

هذه الأقوال موجودة لغير سحنون في مسائل هذا المذهب من غير الإقرار؛ كالوصايا وشبهها، وحقيقة هذا الكلام لغة تمنع دخول الكلام الأول، فمَنْ مذهبه عدم دخول ما بعد (إلى) في حكم ما قبلها، لا يلزمه إلا ثمانية، ومَنْ مذهبه دخول ما بعد (إلى) في حكم ما قبلها، يقول هنا بلزوم تسعة، إلا أن يرى عدم دخول الطرف الأول قرينة في إرادة عدم دخول الطرف الأخير، وأمَّا مَنْ ألزم المقر هنا عشرة، فلأن العرف دالٌ[5] على إرادة دخول الطرف الأول، فإذا دخل في الحكم مع قيام المانع من دخوله لغة، فأحرى دخول ما بعد (إلى)[6]، والله أعلم.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 196، والتمهيد 20/ 123.

(2) قال في التمهيد: وإنما يدخل الحد في المحدود إذا كان من جنسه، والمرافق من جنس الأيدي والأذرع، فوجب أن يدخل الحد منها في المحدود؛ لأن هذا أصل حكم الحدود والمحدودات عند أهل الفهم والنظر، والله أعلم، ومن غسل المرفقين مع الذراعين فقد أدى فرض طهارته وصلاته بيقين، واليقين في أداء الفرائض واجب. التمهيد 20/ 123.

(3) يعني في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ إِلَى ٱلۡمَرَافِقِ وَٱمۡسَحُواْ بِرُءُوسِكُمۡ وَأَرۡجُلَكُمۡ إِلَى ٱلۡكَعۡبَيۡنِۚ﴾ [المائدة: 7].

(4) قال ابن دقيق العيد: «والفقهاء اختلفوا في وجوب إدخالهما في الغسل، فمذهب مالك والشافعي الوجوب، عدا زفر وغيره، ومنشأ الاختلاف فيه أن كلمة: (إلى) المشهور فيها أنها لانتهاء الغاية، وقد ترد بمعنى: (مع) فمن الناس من حملها على مشهورها فلم يوجب إدخال المرفقين في الغسل، ومنهم من حملها إلى معنى: (مع) فأوجب. وقال بعض الناس: يُفرَّق بين أن تكون الغاية من جنس ما قبلها أو لا، فإن كانت من الجنس دخلت، كما في آية الوضوء، وإن كانت من غير الجنس لم تدخل، كما في قوله ﷻ: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيۡلِۚ﴾ [البقرة: 186]. شرح عمدة الأحكام 1/ 35.

(5) في «ق»، «خ»: (فلأن العرف ما دل على).

(6) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 196.

قوله: ﴿ وَعَشَرَةٌ فِي عَشَرَةٍ، قِيلَ: عُشْرُونَ، وَقِيلَ مِائَةٌ ﴾.

من ألزمه عشرين فهو عُرف العامة، وهو المُعول عليه؛ لأنهم إنما يريدون بمثل هذا الكلام الجمع، ولا يريدون به الضَّرب، الذي هو تضعيف أحد العددين بقدر[1] ما في الثاني من الآحاد، اللهمَّ إلَّا أن يكون المقر من أهل العلم بالعدد، فينبغي أن تلزمه مائة، ولا يُقبل منه غير ذلك، إذا كان كلامه مع من هو مثله[2]، وفي إلزامه مائة إذا كان كلامه[3] مع العامة نظر.

قوله: ﴿ بِخِلَافِ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ فِي عَشَرَةِ دَنَانِيرَ، وبِخِلَافِ عَشَرَةٍ بِعَشَرَةٍ، فَإِنَّهَا عَشَرَةٌ فِيهِمَا ﴾.

أما لزوم العشرة في الصورة الثانية فظاهر، وكذلك في الصورة الأولى إذا كانت (في) من **قوله: (في عشرة)**. سببية، وهو الأقرب هنا؛ لكنه يلزمه ـ على هذا التقدير ـ عشرة دنانير لا عشرة دراهم؛ لأن معنى كلامه له عليَّ عشرة دراهم عوضاً عن عشرة دنانير قبضتها منه، ولا خفاء بفساد هذه المعاملة، وإن كانت (في) وعائِية مجردة عن السببية، كما هو الحقيقة فيها، وهو الذي يعطيه سياق كلام المؤلف، لتعقيبه الكلام على الوعاء بأثر هذه المسألة، فيلزمه عشرة دراهم لا غير[4]، لأن المعنى ـ على هذا التقدير ـ: له عندي[5] عشرة دراهم وعاؤها لي، وهو عشرة دنانير.

قوله: ﴿ وَثَوبٍ فِي صَنْدُوقٍ، أوْ مِنْدِيلٍ فِي لُزُومِ ظُرفِهِ، قَولاَنِ ﴾.

قال ابن سحنون عن أبيه فيمن أقر فقال: غصبت فلاناً ثوباً في منديل. أخذناه بثوب ومنديل، ويكون مصدقاً في صفة الثوب والمنديل، وكذلك عشرة أثواب في عَيْبة[6]»[7]. وقال ابن عبد الحكم: «لا يلزمه المنديل ولا

---

(1) في «خ»: (بمقدار).

(2) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 221، والجواهر الثمينة 2/ 707، والتاج والإكليل 5/ 230.

(3) (إذا كان كلامه): سقطت من «خ».

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 707، والذخيرة 9/ 277.

(5) في «ج»: (عليَّ).

(6) العَيْبَةُ: وعاء من جلد يجعل فيه المتاع والجمع عياب وعيب. ينظر: لسان العرب 1/ 634، (عيب).

(7) النوادر والزيادات 9/ 218.

العيبة»[1]. وكذلك اختلفا لو قال: مائة رطل[2] سمن في زق، أو عشرة أرادب[3] في جوالق[4].

قلت: والأصل ما قاله ابن عبد الحكم؛ لكن المتبادر في العُرف إلى الذهن ما قاله سحنون. قال في «النوادر»[5] بعد كلام ظاهر عن ابن سحنون: «ولو قال: غصبتك ثوباً مَرْوياً في ثوب مَرْوي[6] أو زُطِّي[7]. ضمنته ثوبين، وليس هذا من باب الضرب في الحساب، وكذلك لو قال: غصبتك عشرة أثواب مروية في ثوب مروي. قُضي له بأحد عشر، وأما إن قال: غصبتك ثوباً في عشرة أثواب أو في مائة ثوب، فبخلاف الأول؛ لأنه معروف من كلام الناس أن الثياب تكون في ثوب وعاء لها، وثوب في ثوب وعاء له، ولا يقال: ثوب في عشرة أثواب وعاء له. قال: وفي المسألة قولان في قوله: ثوب في عشرة أثواب. أحدهما: أنه لا يلزمه إلا ثوب، وقيل: يلزمه أحد عشر ثوباً»[8].

قوله: ﴿ بِخِلَافِ زَيتٍ فِي جَرَّةٍ ﴾.

يعني: فيتفق على أن الجرة للمقر له، إذ لا يُستغني الزيت عرفاً[9] عن

---

(1) النوادر والزيادات 9/ 218.

(2) الرِّطل: بكسر الراء وفتحها، ما يوزن به ويُكال. ينظر: لسان العرب 11/ 285، (رطل)، وتحرير ألفاظ التنبيه 1/ 110.

(3) الإِرْدَبُ: مكيال ضخم لأهل مصر، قيل: أنه يضم أربعة وعشرين صاعاً. ينظر: الزاهر 1/ 210، ولسان العرب 1/ 416، (ردب).

(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 218، والذخيرة 9/ 280. والجُوَالِقُ: بفتح اللام وكسرها، جمع: جولق، وهو وعاء من الأوعية لحفظ الطعام وغيره. ينظر: لسان العرب 10/ 36، (جلق).

(5) النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات، كتاب في الفقه المالكي، لابن أبي زيد القيرواني (ت386هـ). ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 141.

(6) الثوب المَرْوِيُّ: نوع من الثياب، وسميت بذلك نسبة إلى مدينة (مرو) بفاس. ينظر: لسان العرب 15/ 276، (مرا)، ومعجم البلدان 5/ 113.

(7) الثوب الزُّطِّيُّ: نوع من الثياب التي كانت تجلب من بلاد السند، وسميت بذلك نسبة إلى جيل من الناس. ينظر: لسان العرب 7/ 308، (زطط).

(8) النوادر والزيادات 9/ 218، 219.

(9) سقطت من «ق»، «ج».

وعاء، ووعاؤه المنسوب إليه في الإقرار الجَرَّة، فيكون الجميع للمقر له[1]، وليس كذلك، فإن الخلاف فيه موجود كما قدمناه فوق هذا، حكاه أبو محمد في «النوادر» عمن حكم عنه الخلاف في المسألة السابقة.

قوله: ﴿ وَجُبَّةٌ بطَانَتُهَا لِين وَخَاتِمٌ فصُّهُ لِي، نَسَقاً يُقْبَلُ ﴾.

هذا إذا كان إقراراً مجرداً عن الغصب، وأما لو قال: غصبته هذا الخاتم وفصَّه لي. فقال ابن سحنون: هو مثل الإقرار المجرد[2]. وقال ابن عبد الحكم: «إن الخاتم والفصَّ للمقر له ويحلف. ولو قال: لا علم لي. لحلف ما يعلم ذلك، وكان له الفص»[3]. وحكى عن أشهب أنه يخالف في هذا الباب[4]، ويرى[5] مثل ما حكاه المؤلف، وحكاه ابن المواز عن ابن عبد الحكم، ووافقه عليه في القائل في بابٍ بيديه[6]: «خشب هذا الباب لفلان، ومساميره لي، أو خشبه لي، ومساميره لفلان. فهو كما قال، ويكونان شريكين بقدر المسامير من الخشب. قال ابن المواز: وإن قال: هذا الباب ومساميره لي. فقال أشهب: هو كما قال. وكأنه عندنا ليس باستثناء بيِّنٍ. قال ابن عبد الحكم: وأنا أرى[7] أن الباب كله للمقر له، وليس باستثناء»[8].

قوله: ﴿ وَلَوْ أَشْهَدَ فِي ذِكْرٍ بِمِائَةٍ، وَفِي آخَرَ بِمِائَةٍ، فَآخِرُ قَولَيهِ: مِائَةٌ ﴾.

يعني: لو أشهد على نفسه في وثيقة بمائة دينار لزيدٍ ـ مثلاً ـ ولم يذكر سببها، ثم أشهد له في وثيقة أخرى بمثل ذلك العدد من غير ذكر سبب، فاختلف في ذلك قول مالك[9]، وأصل[10] المذهب في تلفيق الشهادة على

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 219، والمعونة ص1252، والجواهر الثمينة 2/ 707.
(2) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 214.
(3) النوادر والزيادات 9/ 213.
(4) ينظر نفس المصدر والصفحة.
(5) في «ج»: (وروى).
(6) في «خ»: (بيده).
(7) في «خ»: (أقول).
(8) النوادر والزيادات 9/ 212.
(9) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 116، والمعونة 9/ 285، والذخيرة 9/ 285.
(10) في «ق»: (فأصل).

الأقوال أن تكون هذه شهادة واحدة، غير أنه يحلف المقر ليرد دعوى المقر له، وهذا آخر قولي مالك[1]، ولهذه المسألة والتي بعدها تعلق بتكرار الوصية للموصى له من نوع واحد، وسيأتي ذلك في محله إن شاء الله تعالى، وأما لو ذكر في الوثيقة السبب الذي وجب به المالان للمقر له، وكان السببان مختلفين كما لو كانت إحدى المائتين قرضاً، والأخرى ثمن سلعة، لاتفق على أنه يقضي بمائتين، وكذلك عندي إذا كان الإقرار مجرداً، غير أن إحدى المائتين حالَّة وتاريخها أقدم، والمائة الأخرى مؤجلة وتاريخها بعد تاريخ الأولى.

قوله: ﴿وَبِمِائَةٍ وَبِمِائَتَيْنِ فِي مَوطِنَيْنِ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ الأَكْثَرُ أَوَّلاً، لَزِمَهُ ثَلاَثُمِائَةٍ﴾.

يعني: فلو أقر له بمائة مجردة عن ذكر السبب في موطن، وأقر له[2] بمائتين كذلك في موطن آخر، ففيهما ثلاثة أقوال[3]:

أحدها: أنه تلزمه ثلاثمائة، سواء كان أقل العددين أبعد تاريخاً أو أقرب.

والقول الثاني: تلزمه مائتان خاصة، سواء كان العددين أبعد تاريخاً أو أقرب.

والقول الثالث: التفصيل بين أن يقدم في الإقرار أكثر العددين فيلزمه ثلاثمائة، أو يقدم الأقل فيكون الثاني بعضه مؤكداً للأول، والزائد تأسيس وزيادة لما ترتب له[4] عليه.

والقول الثاني منها أشبه بمذهب «المدونة» في تكرار الوصايا من جنس واحد لموصٍ له واحد[5]، ولهذه المسألة أيضاً مشابهة بمسألة من قام له شاهد

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 116، والذخيرة 9/ 285.

(2) (له): سقطت من «خ».

(3) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 116، والجواهر الثمينة 2/ 708.

(4) (له): سقطت من «ق».

(5) ينظر: المدونة 15/ 68. وفيها: «قال ابن القاسم: قلت لمالك: فإن أوصي له في الأولى بعدة دنانير، ثم أوصي لذلك الرجل بعينه بعدة دنانير هي أقل من الأولى. قال: قال مالك: يؤخذ له بالذي هو أكثر».

واحد على مائة، وشاهدان على مائتين، والمجرور من **قول المؤلف: (وبمائة)**. متعلق بفعل مقدر؛ أي: ولو أشهد بمائة ومائتين. يدل على هذا المضمر[1] **قوله: (أشهد)**. في المسألة التي فوقه.

قوله: ﴿ تَعقُّبُهُ بِالرَّافِعِ ﴾.

يعني: حكم الإقرار إذا تعقبه[2] ما يرفعه لفظاً، هل يرفع مقتضاه، أو بيانُ حكمه ـ إذا تعقبه رافع ـ وتمييزه عما يتوهم أنه رافع وليس برافع، وإلَّا لو كان رافعاً لحكمه حقيقة، لَما كان لذكره هنا كبير فائدة.

قوله: ﴿ وَلَوْ قَالَ: أَلفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ وَشِبْهِهِ، فَنُوكِرَ لَزِمَهُ، بِخِلاَفِ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ خَمْراً بِأَلفٍ ﴾.

يعني: أن من أقر لغيره بأن له في ذمته ألف درهم من ثمن ما لا يجوز بيعه؛ كالخمر والميتة، فقد أقر بعمارة ذمته بذلك العدد، فقوله بإثر ذلك: هي من ثمن[3] ما لا يصح بيعه. ندم منه على ما أقر به، فلا يُقبل منه[4]، وهذا صحيح عند من يبعض الجمل من أصحابنا، وأما من لا يبعض كلام المقر منهم، فالأقرب أنه لا يلزمه شيء؛ لأن أول الكلام مرتبط بآخره[5].

فإن قلت: قد تقدم أن الحكم فيمن أقرب بهذا الخاتم لرجل، ثم قال: وفصُّه لي. أنه يُقبل منه ذلك. فلِمَ لا يُقبل قول المقر هنا في **قوله: (من ثمن خمر)**. على ما حكاه المؤلف؟

قلت: الفرق ظاهر؛ لأن مسألة الإقرار بالخاتم هذه لا تنافي[6] بين صدقه في الخاتم وفي الفصِّ معاً، ويمكن أن يكون كلامه صحيحاً فيهما معاً، أما مسألة ثمن الخمر هاهنا، فلا يمكن صدقه فيهما جميعاً. فلذلك عُد بكلامه الثاني نادماً[7].

---

(1) في «خ»: (الضمير).

(2) في «ج»: (تقدمه).

(3) (ما لا يجوز... من ثمن): سقطت من «ج».

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 709.

(5) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(6) في «ج»: (لا شك).

(7) في «ج»: (آذناً).

وأما **قول المؤلف: (بخلاف اشتريت منك خمراً بالف)**. فظاهره[1] أنه لا معارضة بينه وبين ما قبله؛ لأن هذا لم يقر على ذمته بشيء، وإنما أخبر عن نفسه بفعل حرام لا يوجب عوضاً ولا حكماً سوى الأدب[2][3]، والله أعلم.

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ مِنْ ثَمَنِ عَبدٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ، بِخِلَافِ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ وَلَمْ أَقْبِضْهُ﴾.

يعني: أن هذه المسألة تشبه التي[4] قبلها، والتشبيه بينهما من التشبيه المركب، فصدر هذه المسألة يشبه صدر التي قبلها في اللزوم، وعجز هذه يشبه عجز تلك في عدم اللزوم، غير أنه أسقط المؤلف في هذه المسألة قولاً بعدم اللزوم، حيث قال المقر: لك علي ألف من ثمن عبد ولم أقبضه. وهذان القولان جاريان على خلاف في القاعدة التي أشرنا إليها فوق هذا من تبعيض الجمل.

فإن قلت: هلا قيل بتبعيض الجمل في عجز[5] هذه المسألة؛ لأن قول القائل: اشتريت منك عبداً بألف، موجب لعمارة ذمته بألف للمقر له، فقوله بعد ذلك: ولم أقبضه، ندم منه، فلا يُقبل.

قلت: لا نسلم أن قوله: اشتريت منك عبداً بألف. يوجب عمارة ذمته بالألف إلا بشرط القبض في المبيع[6]، وهو لم يقر به. والحاصل أن مطلق الشراء أعمُّ من عمارة الذمة بالعوض، بخلاف قولك: لك عليَّ ألف من ثمن عبد، هذا القول صريح في عمارة الذمة، فقوله بإثر ذلك: ولم أقبضه. قد يُعَد فيه نادماً كما قيل، والله أعلم[7].

---

(1) في «خ»، «ق»: (ظاهر).
(2) (سوى الأدب): سقطت من «خ».
(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 709.
(4) في «ج»: (شبيهة بالتي).
(5) (عجز): سقطت من «ج».
(6) في «ج»: (البيع).
(7) (والله أعلم): سقطت من «خ».

قوله: ﴿ وَعَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خِنزِيرٍ[1]، ثُمَّ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ رِباً، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الأَصَحِّ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَلْف قَضَيْتُهُ[2]، بِخِلَافِ إِقْرَارِ المُقَرِّ لَهُ ﴾.

وقعت هذه المسألة فيما رأيته من النسخ ـ وهو مضنون بها الصحة ـ من ثمن خنزير؛ أي: الحيوان المحرم الأكل. وحكى المسألة ابن شاس: «من ثمن حرير»[3]. (بالحاء المهملة وراءين بينهما ياء مثناة) وهو الصحيح؛ أعني: أن يكون ما أقر به المقر من ثمن ما يجوز بيعه لا من ثمن ما يحرم بيعه، وبه يتم فرض المسألة وتتحقق مخالفتها للمسألة التي صدَّر المؤلف بها كلامه في أول الفصل، على أنه لا تبعد المخالفة بينهما في الفرض، بتقدير صحة ما حكاه المؤلف؛ لكن بضرب من التكلف، وأيضاً فعلى ما في كلام ابن الحاجب يكون المقر والمقر له اجتمعا على فساد المعاملتين، فلا تنازع بينهما إلا فيما قبضه المشتري خاصة، هل هو خنزير أو غيره[4]، ولا يكفي أيضاً في فرض المسألة مجرد قيام البينة على أن الألف من رِباً، حتى تقول البينة: أقرَّ البائع عندنا أن التبايع لم يقع بينهما إلا على الوجه الذي ادعاه المقر بعد ذلك من الربا، وأما لو قالت البينة: نشهد أن له عليه ألفاً من رِباً، فلا منافاة بين هذه الشهادة وبين ما ذكره المقر أولاً من ثمن الحرير أو ثمن الخنزير؛ لإمكان وقوع البيعتين منهما، فاشترى منه حريراً بألف في زمان، واشترى منه أيضاً بعد ذلك أو قبله من الأشربة الربوية بألف. وقال ابن شاس في صورة هذه المسألة: «ولو أقر على نفسه من ثمن حرير ـ مثلاً ـ ثم أقام بينة أنه رِباً، وإنما أقر أنه من ثمن حرير، لزمه المال بإقراره أنه من ثمن حرير؛ إلا أن يقيم[5] بيّنة على إقرار الطالب أنه رِباً. وقال ابن سحنون: تقبل منه البينة أن ذلك رِبا،

(1) م ث: قال خليل: ما وقع في بعض النسخ: (خنزير) فليس بصحيح لقوله: (ثم أقام بينة أنه ربا لم يقبل على الأصح..) إذ هو حرام من أصله، والصواب ما وقع في بعض النسخ ونسخة ابن راشد وابن شاس: (حرير). [5/ 191]

(2) في «خ»: (قال: ألف قضيته بخلاف).

(3) الجواهر الثمينة 2/ 709.

(4) (هل هو خنزير أو غيره): سقطت من «ق».

(5) في «خ»: (تقوم).

ويُرد إلى رأس ماله»[1]. وبالأول قال سحنون.

قلت: ولعل ما وقع في نسخ كتاب «ابن الحاجب»[2] تغيير من النقلة، ويشهد لذلك **قول المؤلف: (كما لو قال: ألف قضيته)**؛ أي: فلا تقبل منه البينة على دعواه أن الألف من رِبا؛ لإبطالها[3] ما أقر به أولاً من ثمن الحرير، فكأنه بإقراره الأول كذب كل من يشهد[4] له بخلاف ذلك، كما لا يقبل **قوله: (قضيتُه)**. بعد **قوله** له: **(عليَّ ألف من ثمن خنزير)**[5]؛ لأنه أقر بالألفين وادعى ما يبطل ذلك الإقرار[6]، وأما **قوله: (بخلاف إقرار المقر له)**[7]. فظاهر؛ لأن إقرار المقرّ له بأن الألف المقر بها رباً، مانع من قيامه بذلك، إذ لا يمكنه القيام بدعوى أقر ببطلانها[8].

قوله: ﴿ وَأَلفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى، تَلْزَمُهُ ﴾.

هكذا قال ابن سحنون عن أصحابنا جميعاً: «إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم إن شاء الله. أو قال: له عندي. أو قال: معي. أو قال: له عندي ألف إن شاء الله. أن الإقرار يلزمه، ولا ينفعه الاستثناء»[9]. وقال محمد بن المواز ومحمد بن عبد الحكم: «إذا قال له: عليَّ ألف درهم إن شاء الله. لم يلزمه، وكأنه أدخل ما يوجب الشك. وحكى ابن سحنون هذا القول عن أهل العراق. قال: وعاب ذلك سحنون وقال: قد وافقونا فيمن قال له: عليَّ ألف درهم إلا ألف درهم، أو بل لا شيء له عليَّ، أن الألف تلزمه في هذا»[10]. وأشار إلى أنهم إن حملوا ذلك على الاستثناء،

(1) الجواهر الثمينة 2/ 709.
(2) في «ج»: (المؤلف).
(3) في «ج»: (لإبطاله).
(4) في «ج»: (شهد).
(5) في «خ»: (حرير).
(6) ينظر: الذخيرة 9/ 303.
(7) (له): سقطت من «ق»، «ج».
(8) في «ج»: (ما أقر ببطلانه).
(9) النوادر والزيادات 9/ 199، والتاج والإكليل 5/ 224.
(10) النوادر والزيادات 9/ 199.

فهو استثناء مستغرق، والاستثناء المستغرق لا يقبل. قال: «وإن جعلوه سكّاً فقد قالوا: إذا أقر بمال وقال: شككت فيه، أن ذلك لا ينفعه وإن نسق[1] الكلام»[2]. وكذلك اختلف ابن سحنون[3] وابن المواز في القائل: لك عليَّ ألف درهم إن قضى الله ذلك، أو أراد الله ذلك، أو إن رضي الله ذلك، أو إن أحب الله ذلك، أو يسَّر الله ذلك. فألزمه ابن سحنون، ولم يلزمه ابن المواز[4].

قوله: ﴿ وَأَلْفٌ فِي عِلْمِي، أَو فِي ظَنِّي وَشِبْهِهِ: قَوْلاَنِ ﴾.

شبه[5] ذلك الذي أراده المؤلف هو قول المقر: فيما أظن، وفيما أرى، وفيما أعلم، أو في علمي، أو فيما يحضرني، أو فيما حسبت، أو فيما أحسب، والقائل باللزوم هو سحنون، والقائل بعدم اللزوم هو ابن عبد الحكم وابن المواز، واحتجا بالقياس على الشهادة، فإن هذه الألفاظ تبطلها[6]. وقال سحنون: «الشك يبطل الشهادة ولا يبطل الإقرار»[7]. وكل واحد من القولين جرى على أصله في المسألة السابقة. قال ابن سحنون بعد أن حكى مثل قول ابن عبد الحكم عن أهل العراق: «وإذا قال له: عليَّ ألف درهم في حسابي، أو في ذكري، أو في كتابي، أو بكتابي، فذلك يلزمه في إجماعهم»[8]. قال ابن الماجشون فيما حكاه ابن حبيب: «إذا قال لرجل[9]: ما أعلم إلا أن فلاناً أعطاني من طعامك، أو قال: ما أظن إلا أن لك عندي عشرة آصع[10]. فادعى ذلك المقر له، فإنه لا يلزمه ذلك إلا بإقرار صحيح، ويحلف أنه ما

---

(1) في «خ»: (اتسق).
(2) النوادر والزيادات 9/ 199.
(3) في «ق»: (سحنون).
(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 200، والتاج والإكليل 5/ 224.
(5) في «ج»: (يشبه).
(6) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 200، والجواهر الثمينة 2/ 710.
(7) النوادر والزيادات 9/ 201.
(8) النوادر والزيادات 9/ 202.
(9) في «ج»: (الرجل).
(10) آصَع: جمع صَاع، وهو مكيلة لأهل المدينة، بَقَدَرِ أربعة أمداد. ينظر: لسان العرب 8/ 215، (صوع)، والزاهر 1/ 210، وتحرير ألفاظ التنبيه 1/ 143.

يحِق ذلك وما هو إلا ظن، وإن أنكر أن يقول هذا فشهد عليه به شاهد، فليحلف أن[1] ما شهِد عليه به الشاهد باطل»[2].

قوله: ﴿ وَأَلفٌ مُؤَجَّلَةٌ، يُقْبَلُ فِي تَأْجِيلِ مِثْلِهَا عَلَى الأَصَحِّ، بِخِلَافِ مُؤَجَّلَةٍ مِنْ قَرْضٍ ﴾.

يعني: أن من أقر بمال مؤجل، فإن كان من قرض لم يصدق في الأجل، ويحلف المقر له إن أنكر الرجل[3] الأجل، وإن كان من غير القرض والأجل مستنكر، لم يصدق في الأجل، وحلف المقر له أيضاً[4]، وإن لم يستنكر الأجل فقولان[5]:

أحدهما: أنه يلزمه الأجل على الوجه الذي أقر به.

والقول الثاني: حكاه ابن شعبان: أن المقر له يحلف، ويكون ما أقر به حالاً، ولعل هذين القولين على الخلاف في تبعيض الجمل.

قوله: ﴿ وَأَلفٌ إِنْ حَلفَ فَحَلَفَ، أَوْ إِنْ شَهِدَ بِهَا فُلانٌ فَشَهِدَ، لَمْ يَلْزَمْهُ ﴾.

إذا شرط في إقراره شهادة رجل بعينه أو يمينه أو يمين المقر له، فوقع ذلك الشرط، فالمذهب أنه لا يلزم المقر ما أقر به إذا أنكر صحة ما ادعاه المدعي[6]. قالوا: لأنه يقول: ظننت أنه لا يدّعي الباطل أو لَا يحلف عليه[7]، وأن الآخر لا يشهد بالزور، يعْنون: ويحلف المقر بعد ذلك لرد هذه الدعوى. قال ابن سحنون: «ومن قال: لفلان عليَّ مائة درهم إن حلف، أو إذا حلف، أو متى حلف، أو حين حلف، أو مع يمينه، أو في يمينه، أو بعد يمينه، فحلف فلان على ذلك، ونكَل المقر وقال: ما ظننت أنه يحلف. فلا يؤخذ بذلك المقر في إجماعنا. وقال محمد بن عبد الحكم: إذا قال: لفلان

---

(1) (أن): سقطت من «ق»، «خ».
(2) النوادر والزيادات 9/ 202.
(3) (الرجل): سقطت من «ق»، «ج».
(4) (في الأجل... أيضاً): سقطت من «خ».
(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 710.
(6) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 241، والتاج والإكليل 5/ 230، والقوانين الفقهية ص208.
(7) (أو لا يحلف عليه): سقطت من «خ».

عليَّ مائة إن حلف فيها، أو إن ادعاها، أو متى حلف بالعتق أو الطلاق أو الصدقة، أو قال: إن حلف مطلقاً، فلا شيء على المقر ولو حلف الطالب، وكذلك إن قال: إن استَحل ذلك، أو إن كان يعلم أنها له، أو قال: إن أعارني دابته، فأعاره، أو قال: إن شهد عليَّ بها فلان، فشهد بها عليه، فلا شيء على المقر في هذا كله، وأما إن قال: إن حكَم بها فلان لرجل سماه فتحاكما إليه، فحكم بها عليه، لزمه ذلك؛ لأنه لو تحاكم رجلان إلى رجل من عامة الناس رضيا به، فحكم بينهما جاز حكمه»[1]. وتأمل ما حكاه ابن سحنون وابن عبد الحكم في تعليق الإقرار على يمين المدعي، مع قوله في «المدونة» عن مالك، فيمن قال لرجل: احلف أن الحق الذي تدعي قِبل أخي حق، وأنا ضامن، ثم رجع، أنه لا ينفعه رجوعه، ويلزمه ذلك إن حلف الطالب، وإن مات كان ذلك في ماله[2]. ولم يجعله هبة غير مقبوضة؛ لأجل أنه أدخله في عهدة اليمين، وقِسْ على ذلك، وهكذا ذكره ابن سحنون أيضاً: «إذا قال المطلوب للمدعي: احلف، وأنا أغرم ذلك، فحلف، فذلك يلزمه، ولو رجع فقال: لا تحلف، فليس له ذلك، وللمدعي أن يحلف ويثبت حقه»[3] لكن هذا ظاهر؛ لأنه يعد هذا نُكولاً من المدعى عليه، ورداً لليمين على المدعي، وهذا لازم على أصل المذهب.

قوله: ﴿ وَهَذِهِ الشَّاةُ أَو هَذِهِ النَّاقَةُ[4]، لَزِمَتْهُ الشَّاةُ، وَحَلَفَ عَلَى النَّاقَةِ ﴾.

يعني: إذا حقق المقر من أقر له، وشك في المقر به، كما إذا قال: هذه الشاة لفلان أو هذه الناقة، فذكر سحنون: أن ما قبْل حرف الشك هنا وهو (أوْ) لازم للمقر، ويحلف فيما بعده[5]. ولم يَبْنِ[6] ذلك على أنه مقر بالأقل مدعى عليه الأكثر. وعلى هذا الأصل الذي قلناه عنه قال أيضاً فيمن قال:

---

(1) النوادر والزيادات 9/ 241، والجواهر الثمينة 2/ 711، والتاج والإكليل 5/ 230.
(2) ينظر: المدونة 13/ 218.
(3) النوادر والزيادات 9/ 242، والتاج والإكليل 5/ 230، ومواهب الجليل 5/ 230.
(4) في «ج»: (أو هذه المهرة).
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 304، والجواهر الثمينة 2/ 711، والذخيرة 9/ 156.
(6) في «ج»: (ولو بيَّن).

لفلان عندي[1] مائة درهم أو دينار واحد. «فإنه تلزمه مائة درهم[2]، ويحلف على الدينار ويسقط عنه، فإن نكَل عن اليمين وادعى الطالب الجميع: الدينار والمائة درهم، حلف. قال سحنون[3]: واستحق الصنفين جميعاً. وهكذا أيضاً قال إذا قال: لفلان عندي مائة دينار أو كراء حنطة، فإن المائة دينار[4] تلزمه، ويسقط الكراء إذا حلف المقر، وإن نكَل وادعاه المقر له، حلف وأخذه»[5]. ثم فرَّع ابن سحنون على هذا الأصل فروعاً كثيرة حسنة، تركناها لما يؤدي الكلام عليها من الخروج عن كلام المؤلف، كما تركنا الكلام عن الشك في المقر له إذا قال: لفلان أو فلان، أو شك فيهما في المقر به وفي المقر له، والكلام في هذا يتسع جداً.

قوله: ﴿وَغَصَبْتُهُ مِنْ فَلَانٍ، لاَ بَلْ مِنْ فُلَانٍ، فَهُو لِلأَوَّلِ، وَيُقْضَى لِلآخِرِ بِقِيمَتِهِ﴾.

لمَّا كان هذا النوع من العطف يوجب إبطال ما حكم المتكلم به أولاً[6] وإثبات ذلك للثاني، لزم بسبب ذلك دفع الشيء المقر به لفلان الأول؛ لسبقية الإقرار له، ثم ينظر، فإن كان المقر به من ذوات الأمثال دفع مثله إلى الثاني، وإن كان من ذوات القيم دفعت قيمته للثاني، هذا هو المعروف في المذهب، وحكاه ابن سحنون عن أبيه[7]؛ ولكن وقع في المذهب في مسألة الإقرار بالوارث، إذا قال: هذا أخي، ثم قال: لا بل هذا، أنه يدفع للأول منهما نصف ما بيده، واختلف ما الذي يجب للثاني[8]، على ما سيأتي في محله إن شاء الله، وإنما أردنا أن ننبهك على المواضع التي يؤخذ منها الخلاف في هذه

---

(1) في «ج»: (عليَّ).
(2) في «ق»: (الدرهم).
(3) (قال سحنون): سقطت من «ق»، «ج».
(4) في «ق»، «ج»: (مائة الدينار).
(5) النوادر والزيادات 9/ 156.
(6) (أولاً): سقطت من «ج».
(7) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 171، والجواهر الثمينة 2/ 712، والتاج والإكليل 5/ 230.
(8) ينظر: البيان والتحصيل 14/ 264.

المسألة، وأشار ابن سحنون أيضاً إلى مخالفة أشهب[1] في[2] مسألة الغصب التي حكاها المؤلف قال: وقال أشهب قولاً أباه سحنون، في القائل غصبت هذا العبد من زيد او عمرو[3]؛ بل من خالد، أن العبد لزيد، ويحلف لمن شك فيه[4]. ولم يعجب هذا سحنوناً؛ لإجماع العلماء على من قال: غصبت هذا العبد من زيد؛ بل من عمرو، أن العبد لزيد، ويقضى لعمرو بقيمته[5]. قال: وقد اتفق سحنون وأشهب فيمن قال: غصبت هذا العبد من زيد وعمرو؛ بل من زيد، أنه يقضى بالعبد لزيد وعمرو نصفين بينهما، ويغرم لزيد نصف قيمة العبد إن أراد ذلك زيد، وإن أراد أن يغرم له قيمة العبد كله، فذلك من حقه، لكونه لمَّا قال: بل من زيد. أضاف غصبه لجميع العبد إلى ملك زيد، فليس له أن يغصبه عبداً[6] كاملاً، ويرد عليه نصف عبد. قال: وهذا يدل على قول سحنون[7]. قال ابن سحنون: «وقرأت على سحنون قول أصبغ: لو قال مائة دينار عندي لزيد من دَيْن أو تَعدٍّ أو وديعة؛ بل هي لعمرو، يغرم لكل واحد منهما مائة، ولو كان ذلك في سلعة فقال: هذا العبد غصبته من زيد؛ بل من عمرو، فإن كان قال ذلك قبل أن يقبض زيد العبد، كان العبد بين زيد وعمرو نصفين، ولو قال: غصبته من زيد، ثم قال بعد ذلك: بل من عمرو، وقد قبض زيد العبد، فإن العبد يكون لزيد، ويغرم لعمرو قيمته. قال سحنون: أصاب؛ إلا في الذي قاله في العبد، فإن الحكم أن يكون العبد لزيد، ويقضي عليه لعمرو بقيمته، سواء قال: بل هو لعمرو بعد أن قبضه أو قبل أن يقبضه»[8]. ويقرب من قول أصبغ هذا، ما قاله أشهب «فيمن مات ولم يترك

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 166.

(2) في «ق»: (وفي).

(3) في «ق»، «ج»: (وعمرو).

(4) (فيه): سقطت من «ج».

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 712.

(6) في «خ»: (عنده).

(7) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 166.

(8) النوادر والزيادات 9/ 167.

إلا ولداً فقال: هذه وديعة عندي[1] لفلان وفلان معه. فإن كان قال ذلك كلاماً متصلاً، قضي بالوديعة لهما، وإن قال: هذه وديعة لفلان، ثم بعد حين قال: ولفلان معه أو لفلان دونه ـ وكان عدلاً ـ فهو كالشاهد على أبيه، يحلف المقر له آخراً على ما شهد به، ويقضى له بموجب الشهادة، وإن لم يكن الولد عدلاً، أو نكل[2] المقر له آخراً عن اليمين معه، قُضي بذلك للمقر له أولاً، ولا غرامة على الوارث إلا أن يدفع ذلك إلى المقر له أولاً، فيضمن للثاني، لاستهلاك حقه بالدفع[3]»[4].

قوله: ﴿ وَلَكَ أَحَدُهُمَا لِثوبَينِ، لهُ تعيينُهُ ﴾.

يعني: للمقر، فإن عيَّن الأعلى، فلا شك في قبول قوله، وإن عين الأدنى ووافقه المقر له فكذلك، وإن خالفه حلف المقر، فإن نكَل حلف المقر له وأخذ الأعلى، ويبقى له الأدنى بتسليم المقر له[5]، وانظر هل ينتفع به انتفاع المالك، ويطأها إن كانت أمة إذا أحب، ويصير المقر له كالبائع لها والمقر كالمشتري، أو تُباع ويقبض المقر ثمنها عوضاً عن قيمة الأعلى، فإن غفل عن ذلك حتى بيع الأدنى بأكثر من قيمة الأعلى[6] يوم حلف المقر له وأخذه، فيكون الزائد من الثمن على القيمة موقوفاً أو يتصدق به[7]، فانظر في ذلك كله، ولابن عبد الحكم ما يشبه.

قوله: ﴿ فَإِنْ قَالَ: لاَ أَدْرِي. فَإِنْ عَيَّنَ المُقَرُّ لَهُ أَدْنَاهُمَا أَخذَهُ ﴾.

هذا بيِّن؛ لانتفاء التهمة على كل واحد منهما[8].

قوله: ﴿ وَأَجْودهما بِيَمِينٍ ﴾.

---

(1) في «خ»: (عند أبي).
(2) في «ج»: (ونكل).
(3) (بالدفع): سقطت من «خ».
(4) النوادر والزيادات 9/ 168.
(5) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 154، والجواهر الثمينة 2/ 712.
(6) (فإن غفل... الأعلى): سقطت من «ج».
(7) (به): سقطت من «ج».
(8) (قوله فإن... منهما): سقطت من «ج».

في توجه هذه اليمين خلاف مشهور[1]، ذكره الإمام[2] المازري وغيره على ما تقف عليه.

قوله: ﴿ فَإِنْ قَالَ: لاَ أَدْرِي، حَلَفَ المُقِرُّ لاَ أَدْرِي، ثُمَّ حَلَفَ المُقَرُّ لَهُ، وَكَانا شَرِيكَينِ ﴾.

يعني: فإن قال المقر له: **(لا أدري)**. بعد أن قال المقر: **(لا أدري)**، حلف المقر أولاً على ما ذكره من عدم المعرفة، ثم حلف المقر له على مثل ذلك، وكانا معاً شريكين في مجموع الثوبين[3]. وفي «العتبية» عن ابن القاسم مثل ما ذكره المؤلف، إذا قال له كل واحد منهما: لا أدري. قال: وكذلك إذا حلف[4] المقر له ولم يحلف المقر، فإنهما يكونان شريكين، وكذلك إذا نكلا جميعاً، ورأى أشهب أنهما إذا نكلا جميعاً قضي للمقر له بأدنى الثوبين[5]. قال الإمام أبو عبد الله[6] المازري: والأصل الذي يدور عليه أكثر فروع أنواع شك المقر فيما أقر به، هو أن ما يتقَّنه المقر فإنه لا مَحيصَ له عنه، وما شك فيه وأيقنه[7] المقر له، أخذه على خلاف في أخذه له، هل يأخذه بيمين أو بغير يمين؟ وإن شكا جميعاً المقر والمقر له، ففي هذا قولان:

أحدهما: أن الذي شكَّا فيه تسقط غرامته، ولا تجب مطالبة المقر من أجله استصحاباً لبراءة[8] الذمة.

والقول الثاني: أنه يُقسم بين المقر والمقر له؛ لتساويهما في إمكان كون المشكوك فيه لهذا وهذا، فيقسم بينهما نصفين.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 150، والبيان والتحصيل 14/ 149، والجواهر الثمينة 2/ 712، والتاج والإكليل 5/ 231.
(2) (الإمام): سقطت من «ق»، «خ».
(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 712.
(4) (حلف): سقطت من «ج».
(5) ينظر: البيان والتحصيل 14/ 151.
(6) (الإمام أبو عبد الله): سقطت من «ق».
(7) (وأيقنه): سقطت من «ج».
(8) في «ق»، «ج»: (بالبراءة).

وزاد على هذا عن ابن عبد الحكم ما تركنا ذكره هنا لطوله، فإن تشوفت إليه، فانظره في كتابه.

قوله: ﴿ والاستثناء بِمَا لاَ يَسْتَغْرِقُ كَعَشَرَةٍ إلاَّ تِسْعَةً، يَصِحُّ خِلافاً لِعَبدِ المَلِكِ ﴾.

لا خفاء أن البحث في هذه المسألة لغوي، ولا شك أيضاً[1] أن مسائل الإقرار وما أشبهها من مسائل الطلاق والعتاق وغير ذلك، ليس من شرط[2] ترتب أحكامها عليها أن يكون الكلام صحيحاً في اللغة، وإنما يشترط أن يكون[3] صحيحاً في العرف، فلذلك لم نذكر حجج الفريقين هاهنا، فإن موضعه كتب النحو وأصول الفقه، وقد قدمنا قبل هذا عن عبد الملك أنه لا يجيز استثناء الصحيح من الصحيح، وإنما يجيز استثناء الكسر[4][5]، وهو مذهب جماعة من العلماء[6]، ولعل قوله اختَلف في ذلك. وتقدم أيضاً في كتاب الطلاق أن من العلماء من منع الاستثناء من العدد[7]؛ ولكن البحث في هذا أيضاً لغوي لا عرفي، وقد أشار مالك في كتاب أكرية الدور من «المدونة» إلى أن استثناء الأكثر لا يجوز لغة، ويلزم حكمه بمقتضى العرف[8] ـ وهذا هو الصحيح ـ فإن الأعجمي يلزمه إقراره وبيعه وشراؤه وغير ذلك، وعلى هذا فلا يحتاج إلى ذكر مسألة المؤلف هذه، فإنه إذا كان استثناء الأكثر لازماً بمقتضى العرف[9]، فلا فائدة في النظر في تصحيح أحد المذهبين، والمسألة التي أشرنا إليها من كتاب أكرية الدور هي قوله هناك: «ومن أكرى

---

(1) (أيضاً): سقطت من «ق»، «خ».

(2) (شرط): سقطت من «ق».

(3) (أن يكون): سقطت من «ق».

(4) في «خ»: (الكثير).

(5) ينظر ص183.

(6) ينظر: الذخيرة 9/ 295.

(7) من منع الاستثناء من العدد احتج بأن أسماء الأعداد نصوص، والنصوص لا تقبل التخصيص. ينظر: الذخيرة 9/ 295.

(8) ينظر: المدونة 11/ 511 وما بعدها.

(9) في «خ»: (الحكم).

مساكن له، واستثنى ربعها بربع الكراء أو بغير كراء، جاز ذلك، وكذلك من باع داراً واستثنى ثلاثة أرباعها، فإنه جائز؛ لأنه إنما باع ربعها»[1]. ولا ينظر إلى اللفظ إذا صح العمل بينهما، وهذا هو الفقه؛ أعني: ترتيب الأحكام على عرف التخاطب أعم من أن يكون لغوياً أو غيره، ولعل ابن الماجشون وغيره من المتقدمين الذين رتبوا الأحكام على مقتضى لغة العرب[2] خاصة، لم يثبت عندهم تغيير اللغة في باب الاستثناء، ومن منع استثناء الأكثر، اختلفوا في استثناء النصف، وقد تقدم في الطلاق الكلام على الاستثناء المستغرق.

قوله: ﴿ وَعَلَى الْمَشْهُورِ عَشَرَةٌ إِلاَّ تِسعةً إِلاَّ ثَمَانِيَةً، تَلزمُ تِسعةٌ، وإِلَى الْوَاحِدِ تَلْزمُ خَمْسَةٌ ﴾.

هذه المسألة كثيراً ما يفرضها أهل الأصول، ويقولون: إن صحة فرضها مشروط بصحة جواز استثناء الأكثر[3]، كما فعل المؤلف هنا، وهو كذلك، إلا أنه يشترط مع ذلك صحة الاستثناء من العدد كما قدمنا، وكذلك يشترط صحة القول بأن الاستثناء من النفي إثبات[4]، فقول القائل: له عليَّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية، موجب لإلزامه تسعة؛ لأن التسعة المذكورة في الاستثناء الأول، أبقت من العشرة واحداً لازماً للمقر، وأسقطت[5] ما عداه، ثم الاستثناء الثاني أسقط[6] من التسعة الساقطة بالاستثناء الأول ثمانية لازمة للمقر مع الواحد الباقي من العشرة وذلك تسعة. وأما **قول المؤلف: (وإلى الواحد يلزم خمسة)**. فبناء منه على هذا، فإذا المقر بعد ذلك: إلا سبعة. فقد أسقط سبعة من التسعة اللازمة، يبقى اثنان لازمان، وتسقط القيمة المستثناة من الثمانية، فإذا قال: لا ستة. فقد أخرج ستة من السبعة غير اللازمة فتلزم ستة[7] مضافة

(1) المدونة 11/ 510.
(2) في «ج»: (العرف).
(3) ينظر: المعونة ص1253، والتاج والإكليل 5/ 231.
(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 712.
(5) في «ق»: (وأسقط).
(6) في «خ»، «ج»: (أخرج).
(7) (ستة): سقطت من «ج».

إلى الاثنين اللازمين[1] قبل، فيكون اللازم له حينئذ بمجموع هذا الكلام ثمانية، فإذا قال بعد ذلك: إلا خمسة. سقطت هذه الخمسة ولزمه ثلاثة، فإذا قال: إلا أربعة. لزمته هذه الأربعة؛ لأنها مستثناة من السقط، فتلزم مع الثلاثة اللازمة، وذلك سبعة، فإذا قال: إلا ثلاثة. سقطت، وتلزمه أربعة، فإذا قال: إلا اثنين، لزماه مع الأربعة، وذلك ستة، فإذا قال: إلا واحداً سقط ذلك الواحد من الاثنين، ولزمه واحد مضاف إلى الأربعة المتقدمة، وذلك خمسة[2].

قوله: ﴿ وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ: لَهُ الدَّارُ إِلاَّ البَيْتَ، وَقَوْلِهِ: وَالبَيْتُ لِي ﴾.

يعني: أنه لا فرق بين الاستثناء بأدواته الموضوعة له، ولا بين الاستثناء بغير أدواته، إذا كان ذلك مدلولاً عليه بالعرف، وإن خالفته اللغة. قال ابن سحنون: «من أقر في دار في يديه أنها لفلان، إلا بيتاً معلوماً فإنه لي، فإقراره جائز على ما استثنى في إجماعهم. قال: وكذلك قوله: إلا ثلثها أو تسعة أعشارها فإنه لي. فهو كما قال. وقال مثله ابن المواز. قال ابن سحنون: وقال أشهب وسحنون: وإن قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت لي. فإن جميع الدار لفلان، ولا يصدَّق في البيت؛ إلا أن يكون الكلام نسَقاً فيصدق. وقال غيرنا: لا يصدق في البيت وإن نسق الكلام. قال: وكذلك في **قوله**: ولكن (**البيت لي**). فعلى ما ذكرنا من قولنا وقولهم. وقال محمد بن عبد الحكم وأشهب[3]: إذا قال: جميع الدار لفلان ونصفها لي. فهو استثناء جائز. وكذلك قال ابن المواز في كتابه[4]. قال محمد بن عبد الحكم: ولو قال: غصبته جميع هذه الدار وبيت فيها لي. فهذا لا يقبل منه، وقد أقر بغصب جميعها، كأنه قال: غصبتك بيتاً هو لي. قال: وأمَّا إن قال: هذه الدار لفلان؛ ولكن بيت منها لي. قبلت قوله مع يمينه»[5].

---

(1) (اللازمين): سقطت من «ج».

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 712، والتاج والإكليل 5/ 231، والقوانين الفقهية 1/ 208.

(3) في الجواهر الثمينة: (عن أشهب).

(4) (وقال محمد. . . كتابه): سقطت من «ج».

(5) النوادر والزيادات 9/ 210، 211.

قوله: ﴿ والاِستثْنَاءُ مِنْ غَيْرِ الجِنْسِ مِثْلُ: أَلْفِ دِرهَمٍ إلاَّ عَبْداً، يَصِحُّ عَلَى الأصحِّ، وَتَسْقُطُ قِيْمَةُ الْعَبْدِ ﴾.

الذي حكاه ابن المواز صحة هذا الاستثناء، وحكى ابن سحنون قولين[1]، أحدهما: هذا، والآخر: أنه لا يصح ويلزمه ما أقر به قبل الاستثناء، ويُعد نادماً فيما بعد أداة الاستثناء. والذي عليه الأكثرون أن الاستثناء المنفصل من غير الجنس جائز لغة، وإنما الكلام بينهم هل هو حقيقة، فيكون مشتركاً بينه وبين المتصل، أو هو حقيقة في المتصل مجاز في المنفصل[2]؟ وليس البحث عن تحقيق هذا من نظر الفقيه فنتكلم عليه هاهنا، والأقرب النظر إلى العرف، فإن استعمله الناس لزم، وإلَّا يُعَد المقر نادماً. وأما مسألة «المدونة» في البائع سلعة بكذا من الدراهم إلا قفيز حنطة[3]. فليست من الإقرار في شيء، ولم يعطها أيضاً في «المدونة» حكم الاستثناء؛ لإجازته البيع، وهو مما يدل على أن المقصود ما يدل عليه كلام المقر أو المتبايعين في العرف لا في اللغة. وأما **قول المؤلف: (وتسقط قيمة العبد)**. فيعني به: أنه يقال للمقر: صف العبد المستثنى، وتقوَّم صفته، وتُنقص من الألف درهم، ويلزمه ما بقى، وهكذا يفعل. ولو قال: عندي عبد إلا ثوب. لقيل له: صفهما. وتسقط قيمة الثوب من قيمة العبد، ويلزمه ما بقى. هكذا أشار إليه بعضهم[4]، وفيه نظرٌ فتأمله، فإنه ـ على هذا التقدير ـ يكون إقراراً بقيمة لا بعبد ولا بجزء منه، ولهذا اختار بعض الشيوخ القول الأول بعدم صحة الاستثناء من غير الجنس، وعدَّ المقر فيه نادماً، وقد علمت أن رفع الأخص لا يستلزم رفع[5] الأعم، فلا يلزم من بطلان الاستثناء من غير الجنس في باب، بطلانه مطلقاً. واعلم أن كتاب الإقرار كثير المسائل متشعب

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 206، والمعونة ص1252، والجواهر الثمينة 2/ 713.

(2) ينظر: الإحكام للآمدي 2/ 310 وما بعدها، وقواطع الأدلة في الأصول 1/ 211.

(3) ينظر: المدونة 8/ 409.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 209، والمعونة ص1252، والجواهر الثمينة 2/ 713.

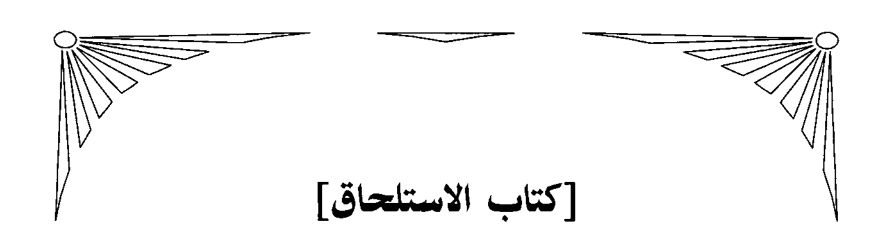
(5) في «خ»: (نفي).

الفروع، ولم يذكر المؤلف منها العشر؛ ولكن فيما ذكره تنبيه على كثير مما لم يذكره، فلهذا لم نأت بزيادة على كلامه، ومن أراد الاستيفاء في ذلك، فليقف عليه في «النوادر»، والله أعلم.

تَمَّ كتاب الإقرار بحمد الله وحسن عونه، وصلى الله على سيدنا محمد الحبيب وآله وسلم تسليماً[1].

---

(1) (تم كتاب. . . وسلم تسليماً): سقطت من «ق».



[كتاب الاستلحاق]

قوله: ﴿الاسْتِلْحَاقُ﴾.

لا شك أن هذه اللفظة في عرف الفقهاء أخص مما هي في اللغة[1]، فإنها لطلب لحوق النسب خاصة[2]، وللأب أن يستلحق النسب دون غيره من القرابة[3]. وقال أشهب رَحِمَهُ اللهُ: يصح استلحاق الجد[4]. وقال الشافعي: يصح استلحاق الأخ. والمشهور عنه خلاف هذا[5]. والمذهب أنه لا يستلحق الورثة إذا اجتمعوا كلهم على ذلك[6]. هكذا قال بعض الشيوخ، ووقع في كلام ابن القصار ما ظاهره ثبوت النسب كمذهب الشافعي في ذلك.

قوله: ﴿وَإِذَا اسْتَلْحَقَ مَجْهُولَ النَّسَبِ لَحِقَ بِهِ﴾.

يريد أن الناس مصدقون على أنسابهم، فإذا كان المستلحق مجهول النسب كان ما ادعاه المستلحق ممكناً، ولم يقم معارض ينفيه فوجب تصديقه[7].

قوله: ﴿مَا لَمْ يُكَذِّبْهُ العَقْلُ لِصِغَرِهِ﴾.

الضمير المنصوب راجع إلى المستلحق المقر، وهذا الشرط ظاهر، فإن عدمه يرفع الإمكان ويوجب القطع بكذب المقر.

---

(1) الاستلحاق في اللغة: الادِّعَاء، فنقول: استلحقه؛ أي: ادَّعاه. ينظر: الصحاح 4/ 1549، (لحق)، ولسان العرب 10/ 328، (لحق).

(2) الاستلحاق في الشرع: ادّعاء المدعي أنه أب لغيره. شرح حدود ابن عرفة 2/ 446.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 13/ 209، والاستذكار 11/ 170، والتمهيد 8/ 185، والبيان والتحصيل 14/ 291، والمنتقى 6/ 7.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 13/ 190، والمنتقى 6/ 7، والذخيرة 9/ 313.

(5) ينظر: الأم 6/ 226.

(6) ينظر: المنتقى 6/ 7.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 715.

قوله: ﴿ أو العَادَةُ بِبَلَدِهِ ﴾.

يعني: أو تكذب المقر في ذلك العادة، كما لو ادعى من قدم من بلد يُعلم أن هذا المقر لم يدخله لبعده[1].

قوله: ﴿ أو الشَّرْعُ لِشُهْرَةِ[2] نَسَبِهِ ﴾.

يعني: أن شهرة نسب المقر له ـ وأحرى ثبوت نسبه ـ مانع من صحة دعوى المقر[3]، وهذا صحيح، غير أنه شبيه بالتكرار في كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الفرض أن المقر لم يستلحق إلا مجهول النسب، والجهل بنسبه مع شهرة نسبه متضادان أو متناقضان، فكان يكتفي عن هذا بقوله: أولاً مجهول النَّسب. قال في «المدونة» عن مالك: «من باع صبياً وُلد عنده، ثم أقر بعد ذلك أنه ابنه لحق به وردَّ الثمن؛ إلا أن يتبين كذبه، وقد نزلت في المدينة فقضي فيها بعد خمس عشرة سنة»[4]. ثم قال بعد ذلك عن ابن القاسم: والذي يتبيَّن به كذبه مثل أن يكون[5] له أب معروف، أو هم من المحمولين من بلد لم يعلم أنه دخلها كالزنج[6] والصقالبة[7]، أو تقوم بينة أن الأم لم تزل زوجة لغيره حتى ماتت. قيل له: فإن قالوا لم تزل ملكاً لغيره حتى ماتت؟ قال: لا أدري ما هذا، ولعله تزوجها، وأما إن[8] استلحق مسلماً مجهولاً من بدل دخله ألحق به[9].

قوله: ﴿ وَلاَ كَلاَمَ لَهُ وَإِنْ كَانَ كَبِيراً ﴾.

يعني: ولا كلام للمقر له[10]؛ لأنه لا يقابل دعوى المقر إلا بعدم العلم

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 715.

(2) في «ق»، «ج»: (بشهرة).

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 715.

(4) المدونة 8/ 331.

(5) في «ج»: (يقوم).

(6) الزنج: طائفة من السودان تسكن تحت خط الاستواء وجنوبيه، وليس وراءهم عمارة، قال بعضهم: وتمتد بلادهم من المغرب إلى قرب الحبشة وبعض بلادهم على نيل مصر. عون المعبود 9/ 75.

(7) الصقالبة: هي البلاد الواقعة بين بلغار والقسطنطينية. ينظر: معجم البلدان 3/ 416.

(8) (إن): سقطت من«ج».

(9) ينظر: المدونة 8/ 331، 332.

(10) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 715.

لا بالتحقيق[1]، فإن ادعى التحقيق لم يلتفت إلا بالبينة على شيء من القوادح التي تقدمت[2].

قوله: ﴿ وَقَالَ سُحْنُونٌ: لاَ يُقْبَلُ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمَ نِكَاحٌ أو ملِكُ يَمِينٍ ﴾.

يعني: أن هذا وجه آخر مختلف فيه، هل يعتبر في الاستلحاق شرطاً أو لا يعتبر؟ وهو أن يُعلم تقدم ملك أُم هذا الولد أو نكاحها لهذا المقر. وذكر المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن سحنون أنه يعتبر[3]، وهو قول ابن القاسم أيضاً، وقوله المشهور أن ذلك لا يعتبر[4]، وهو ظاهر ما قدمناه الآن عن «المدونة»، وهو الأظهر في النظر؛ لأنهم إنما اعتبروا في هذا الباب الإمكان وحده ما لم يَقُم دليل على كذب المقر، ولم يعتبروا وجود الموجب، ولو اعتبروا وجود الموجب[5] ـ وهو أن يظهر سبب دال على صحة قول المقر ـ لتعذرت فروع كثيرة من مسائل هذا الباب التي لا يخالف فيها سحنون وغيره، والله أعلم[6].

قوله: ﴿ وَلَوْ اسْتَلْحَقَ ذَا مَالٍ وَلَهُ وَارِثٌ، لَمْ يَرِثْهُ ﴾.

إن أراد أن ذلك في مرض المقر به أو بعد موته، فذلك ظاهر لقوة التهمة، وإن كانت في صحة المقر به، فهي تهمة[7] ضعيفة، وقد تقدم[8] شيء من هذا في كتاب اللعان. ودل كلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ بحسب المفهوم، أنه إن لم يكن له مال قُبل منه، وفي معناه المال القليل؛ لانتفاء التهمة[9].

---

(1) في «ج»: (لأنه لا تقبل دعوى المقر له بعدم العلم إلا بالتحقيق).
(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 715.
(3) ينظر: نفس المصدر والصفحة.
(4) ينظر: النوادر والزيادات 13/ 187، والمنتقى 6/ 5، والذخيرة 9/ 314، والقوانين الفقهية 1/ 264.
(5) (ولو اعتبروا وجوب الموجب): سقطت من «ج»، «خ».
(6) (والله أعلم): سقطت من «ق».
(7) في «ج»: (هبة).
(8) في «ج»: (تقرر).
(9) في «ج»: (لاختفاء النفقة).

قوله: ﴿وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ عَلَى الأَصَحِّ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ المُسلِمِينَ كَالوَارِثِ، أَوْ لاَ﴾.

هذا ظاهر التصور[1]؛ لأن من لا وارث له معروف، اختلف المذهب هل يُقبل إقراره لرجل بأن هذا وارثي أم لا، بناء على الأصل الذي ذكره المؤلف رحمه الله؟ غير أن الشيوخ اضطربوا في تعيين المشهور من المذهب في هذا الأصل، فالباجي[2] يقول: المشهور من المذهب أنه مقبول القول في ذلك[3]. وابن يونس ينكر نسبة هذا القول للمذهب، إلا على قول شاذ لابن القاسم رحمه الله[4] لكن هذا إذا كان المقر ذا مال، ومسألة المؤلف رحمه الله هذه في العكس، أن يكون المقر به ذا مال، فتأمل ذلك.

قوله: ﴿وَلَوْ قَالَ لأَوْلاَدِ أَمَتِهِ أَحَدُهم وَلَدِي، وَمَاتَ، وَلَمْ تُعْرَفْ[5] عَينُهُ، فَالصَّغِيرُ وَحْدَهُ حُرٌّ، وَقِيلَ: ثُلُثَا الأَوسَطِ، وثُلُثَا الأَكْبَرِ، وَقِيلَ: الجَمِيعُ﴾.

فاعل **قوله: (مات)**[6]. ضمير يعود على المقر، والضمير المخفوض بالإضافة من **قوله: (عينه)**. راجع إلى المقر به، ودلت (الواو العطف) من **قوله: (وقيل: ثلث الأوسط)**. على تقدم قول آخر عطف عليه هذا القول: فيكون ـ على هذا التقدير ـ في المسألة ثلاثة أقوال؛ أعني: باعتبار حكم الإعتاق خاصة، لا في لحوق النسب، فإنه غير معلوم نسبه[7].

أحد تلك الأقوال: أنه يعتق الصغير من الأولاد وحده، ولا يعتق الأوسط ولا الكبير، ولا أعلم صحة نسبة هذا القول إلى المذهب إلا على ما

---

(1) في «ج»: (المنقول).

(2) هو القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، فقيه وأصولي مشهور، صاحب كتاب «المنتقى شرح موطأ مالك بن أنس»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (474هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 18/ 536، والديباج 1/ 40.

(3) ينظر: المنتقى 6/ 7.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 14/ 233، والذخيرة 9/ 314، والتاج والإكليل 5/ 244 ـ 248.

(5) في «خ»، «ج»: (يعرف).

(6) (مات): سقطت من «خ».

(7) (نسبه): سقطت من «ق»، «ج».

ذكره ابن شاس[1]، ولعله اعتمد على كلام سحنون، ولا دليل فيه على ذلك؛ بل ظاهر كلامه غير هذا، على ما تقف عليه الآن.

والقول الثاني للمغيرة: «أنه يعتق جميع الأصغر، وثلثا الأوسط، وثلث الأكبر[2]»[3]. ووجهه ظاهر؛ لأن الصغير حر على جميع التقادير، فإن كان هو ولده فهو حر، وإن كان الأوسط هو ولده فهو حُر، والصغير ابن أُم ولده فهو حُر أيضاً، وإن كان الأكبر ولده فجميعهم أحرار؛ لأن الأكبر ولده، والأوسط والصغير ولد أم ولده، فالصغير حُر في جميع الأحوال، والأوسط حُرٌّ في حالتين رقيق في حالة واحدة، والأكبر عكسه[4].

والقول الثالث لابن عبد الحكم: «يعتق جميعهم للشك»[5].

ولما فرض سحنون رَحِمَهُ اللَّهُ هذه المسألة في «العتبية» قال: «الصغير حُر على كل حال. وأتى بأثره بنحو ما قلناه في توجيه قول المغيرة، ثم قال: ففيهما الشك. يعني: في الكبير والأوسط. قال: ولهم تفسير»[6] فظاهر هذا الكلام موافقة قول المغيرة. وقال سحنون في «العتبية» أيضاً: «من أقر عند موته أن فلانة جاريته ولدت منه، وأن ابنتها فلانة ابنتي، وللأمة ابنتان غير التي أقر بها، فمات ونسيت الورثة والبينة اسمها. قال: فإذا أقر بذلك الورثة فهن كلهن أحرار، ولهن ميراث واحدة منهن من البنات يقسم بينهن، ولا يلحق نسب واحدة منهن. قال: فإن لم يقر بذلك الورثة، ونسيت البيّنة اسمها، فلا تعتق واحدة منهن»[7]. فظاهر كلامه في هذه المسألة ـ إذا أقر الورثة ـ أنه موافق لابن عبد الحكم[8]، وهو الأشبه في النظر؛ لأنه اختلط من يجوز ملكه بمن لا يجوز، وتعذر التعيين، وإعتاق ذلك الولد واجب، وما لا يتصل إلى

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 715، والبيان والتحصيل 14/ 282.
(2) (ثلث الأكبر): سقطت من «ج».
(3) البيان والتحصيل 14/ 282، والجواهر الثمينة 2/ 715.
(4) ينظر: البيان والتحصيل 14/ 269.
(5) النوادر والزيادات 9/ 198، والبيان والتحصيل 14/ 282، والجواهر الثمينة 2/ 715.
(6) البيان والتحصيل 14/ 269.
(7) البيان والتحصيل 14/ 277.
(8) في «ج»: (لعبد الملك).

الواجب إلا به فهو واجب، والمسألة قريبة من اختلاط الميتة بالمذكاة[1]، والأم في مسألة المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ حُرة على كل قول.

قوله: ﴿وإذَا وَلَدَتْ زَوجَتُهُ وَغَيرُهَا وَلَدَينِ، وَمَاتَتَا، واخْتَلَطَا، عَيَّنتْ القَافَةُ[2] غَير زَوجَتِهِ﴾.

يحتمل أن يريد به ما هو أعمُّ من الأجنبية عنه ومن أَمَته، فيدخل تحته ما إذا اختلط ابنه بابن امرأة أجنبية عنه، ويدخل تحته أيضاً: ابن أَمَته، فيقول: أحدهما ابني. ولم يعرف ابن زوجته من ابن أَمَته، ويحتمل أن يريد به إذا اختلط ابنه بابن امرأة أجنبية خاصة؛ لكن الاحتمال الأول أظهر، والاحتمال الثاني أشبه بما يقوله الآن عن ابن القاسم. وأما **قوله: (وماتتا)**. فيعني به: فماتت زوجته والأجنبية، وليس لتقييد المسألة بموتها كبير فائدة؛ لأن هذا الحكم موجود فيما إذا كانتا حيتين أو إحداهما.

قوله: ﴿وَقَالَ ابنُ القَاسِمِ فِي امْرَأَةٍ وَجَدتْ مَعَ ابنَتِهَا أُخْرَى، واخْتَلَطَتَا: لاَ يُلْحَقُ بِزوجِهَا وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا، وَقَالَ سُحْنُونٌ: القَافَةُ﴾.

تصور هذه المسألة ظاهر[3].

فإن قلت: لِمَ اختصرها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ على هذا السياق؟ وهلا جرى على عادته في الاختصار، فكان يقول: ولو اختلطت طفلة بأخرى، فهل يعتمد في تعيينها على القافة، قولان[4].

قلت: لمَّا كانت صورة هذه المسألة قريبة من التي قبلها، وهما في المعنى واحد، ووقع الخلاف في الثانية منهما منصوصاً عليه، ولم يقع في الأول خلاف منصوص، أشار المؤلف بمساقهما على هذا الوجه إلى تخريج الخلاف من الثانية في الأولى، ولو اختصر الثانية على ما قاله السائل، لأوهم ذلك أن بين الأولى والثانية فرقاً معنوياً، وليس كذلك.

---

(1) ينظر: الذخيرة 9/ 308.

(2) القائف: هو الذي يتَتَبع الآثار ويعرفها، ويعرِف شَبَه الرجل بأخيه وأبيه. لسان العرب 9/ 293، (قوف).

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 716.

(4) في «خ»: (فقولان).

فإن قلت: هل هذا الاختلاف جار على الخلاف المعلوم في المذهب في القافة، هل تُلحق ولد الحرة أو لا تُلحق إلا ولد الأَمة[1]؟

قلت: يحتمل هذا، ويحتمل غير ذلك، وهو أن أحد هذين الولدين نسبه ثابت، وإنما يستفاد من القافة تعيين اللاحق منهما، وفي المسائل التي أشرت إلى الخلاف المذكور فيها لا يدري ذلك الولد، هل هو لاحق أو غير لاحق؟ فلعل من يقصر اعتبار القَافة على أولاد الإماء يوافق مسألة المؤلف رَحِمَهُ اللهُ هذه لخفة الأمر فيها، بخلاف المسائل التي يحتاج فيها إلى إثبات النسب في الأصل لا على تعيينه، غير أن الذي يرجحه غير واحد ـ هو القول الشاذ في المذهب ـ أنه يعتمد على قول القافة في مسائل الإماء والحرائر، لا قصر ذلك على الإماء[2]. وقد اختلف العلماء في الاعتماد على قولهم مطلقاً في الحرائر والإماء، واحتج من اعتمد على قول القافة ـ إما مطلقاً وإما في الحرائر وحدهن ـ بما في «الصحيح» عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا[3] قالت: «دخل عليَّ رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً، فقال: يا عائشة، ألم تري أن مجززاً المدلجي[4] دخل عليَّ فرأى أسامة[5] وزيداً[6]

---

(1) ينظر: المدونة 8/ 393، والنوادر والزيادات 13/ 211، والاستذكار 22/ 187، 188، والقبس 3/ 919، والمنتقى 6/ 14.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 14/ 238، والاستذكار 22/ 188، والمنتقى 6/ 14.

(3) هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق، أفقه نساء المسلمين، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية للهجرة، وكانت أحب نسائه إليه، روت عنه ما يقرب من 2210 حديثاً، حدث عنها جماعة من التابعين، توفيت رَضِيَ اللهُ عَنْهَا سنة (58هـ). ينظر: طبقات ابن سعد 8/ 58، والإصابة 8/ 16.

(4) هو مجزز بن الأعور بن جعدة الكناني المدلجي، من بني مدلج، كان عارفاً بالقيافة، يروى أنه ممن شهد فتح مصر. ينظر: الاستيعاب 4/ 1461، والإصابة 5/ 775.

(5) هو أبو يزيد أسامة بن زيد بن حارثة بن شرحبيل بن كعب، مولى رسول الله ﷺ، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ بالمدينة بعد مقتل عثمان بن عفان رَضِيَ اللهُ عَنْهُ سنة (54هـ). وينظر: معجم الصحابة 1/ 9، والاستيعاب 1/ 75، والإصابة 1/ 39.

(6) هو زيد بن ثابت بن حارثة بن زيد بن ثعلبة، من بني سلمة، أحد فقهاء الصحابة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ في ولاية معاوية بن أبي سفيان سنة (45هـ)، وقيل سنة (51هـ). ينظر: معجم الصحابة 1/ 229، والجرح والتعديل 3/ 559، والاستيعاب 2/ 542.

عليهما قطيفة[1] قد غطيا بها رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»[2]. ومن لم يعتمد على قولهم قال: سرور رسول الله ﷺ في هذا الحديث، محتمل لأن يكون بسبب ما ظهر من قول القائف الرافع لكلام الناس، وذلك أن العرب تعتمد على كلام القائف في الإلحاق والنفي، وكان أسامة أسود شديد السواد، وكان زيد أبيض شديد البياض، فجاء كلام[3] مجزز موافقاً لحكم الشرع من إلحاق الولد بالفراش، فلولا كلام مجزز لبقي في نفوس العامة الجهلة شيء، فلما قال مجزز ذلك الكلام، سُرَّ به رسول الله ﷺ لرفعه وهْم مَنْ عسى أن يبقى في نفسه شيء، ألا ترى إلى ما وقع في «الصحيح» من حديث أبي هريرة[4]: «أن أعرابياً أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، إن امرأتي وضعت غلاماً أسود، وإني أنكرته. فقال النبي ﷺ: هل لك من إبل؟ قال: نعم. قال: ما ألوانها؟ قال: حُمُر. قال: فهل فيها من أوْرَق[5]؟ قال: نعم. فقال رسول الله ﷺ: وأنَّى هو؟ فقال: لعله يا رسول الله نزعه عرق له. فقال له النبي ﷺ: وهذا لعله يكون نزعة عِرق له»[6]. ولم يخرص له في الانتفاء منه.

قوله: ﴿وَلاَ تَعْتَمِدُ القَافَةُ إِلاَّ عَلَى أَبٍ حَيٍ، وَقِيلَ: وَعَلَى العَصَبَةِ﴾.

يعني: أن القافة تعتمد على شبه الأب مع الولد، ولا تعتمد على شبه غيره من العصبة؛ كالأخوة والأعمام، هذا هو ظاهر المذهب[7]، قصراً لذلك

---

(1) القَطِيْفَةُ: هي ضرب من الأغطية يصنع من الصوف. ينظر: لسان العرب 9/ 286، (قطف).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه 12/ 108، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(3) في «ج»: (قول).

(4) اختلف في اسمه واسم أبيه اختلافاً كبيراً، أرجحها أن اسمه عبد الرحمٰن بن صخر، كان من المواظبين على صحبة النبي ﷺ وروى الكثير من الأحاديث، وروى عنه جماعة من الصحابة والتابعين، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (59هـ). ينظر: طبقات ابن سعد 4/ 325، ومشاهير علماء الأمصار 1/ 15، وتذكرة الحفاظ 1/ 32، وسير أعلام النبلاء 2/ 578.

(5) الأوْرَقُ من الإبل: الذي في لونه بياض إلى سواد. لسان العرب 10/ 376، (ورق).

(6) أخرجه مسلم في صحيحه 2/ 1147، باب اللعان.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 717، والتاج والإكليل 5/ 248.

على مثل قضية زيد وأسامة. وقال سحنون: تعتمد على شبه العصبة[1]. يريد في موت الأب. وأما **قول المؤلف: (حي)**. فهو ظاهر الروايات، أنه يشترط فيه أن يكون حياً، وإن مات لم يلتفت إلى شبهه؛ لكن فسَّر سحنون الحياة هنا بمعنى وجوده لينظر إلى شبهه؛ وسواء كان حياً أو ميتاً لم يدفن[2]، واختلف قول المذهب هل يكفي قول القائف الواحد ـ وهو المشهور ـ أو لا بد من قائفين كالمشهورين[3]، والأول أشبه بقضية أسامة وما روي عن عمر رضي الله عنه[4].

قوله: ﴿وَإِذَا أَقَرَّ وَلَدَانِ بِثَالِثٍ، ثَبَتَ النَّسَبُ﴾.

هذا مذهب أكثر العلماء[5] ووجهه ظاهر، وحكي عن بعضهم أنه لا يثبت بذلك النسب، ولا خصوصية للولدين في فرض المسألة، ويشاركهما في ذلك العصبة كالأخوين والعمين[6].

قوله: ﴿وَعَدْلٌ يَحْلِفُ وَيُشَارِكُهُمَا وَلاَ يَثْبُتُ النَّسَبُ﴾.

يعني: لو أقر به أحد الولدين وأنكره الآخر ـ والمقر منهما عدل ـ فإن المقر له يحلف ويأخذ ثلث التركة؛ ولكنه لا يثبت النسب؛ لأنه لا يكفي في ثبوته الشاهد الواحد مع اليمين[7]، ومنع الشافعي وابن سيرين[8] من

---

(1) في الجواهر الثمينة: قال سحنون: إن القافة لا تلحق إلا بأب حي، فإما إن مات الأب فلا قول للقافة في ذلك. الجواهر الثمينة 2/ 717.

(2) ينظر: المنتقى 6/ 13، ومختصر خليل 1/ 225.

(3) ينظر: الاستذكار 22/ 186، 187، والمنتقى 6/ 14، والبيان والتحصيل 14/ 236، وبداية المجتهد 2/ 270.

(4) ينظر: الموطأ 2/ 740.

(5) ينظر: الاستذكار 22/ 198، والمنتقى 6/ 7، والجواهر الثمينة 2/ 719.

(6) ينظر: الاستذكار 22/ 196، والمعونة ص1256، والذخيرة 9/ 309، والمنتقى 6/ 7، وبداية المجتهد 2/ 267. وفي «ج»: (كالأخوة والعمومة).

(7) ينظر: الموطأ 2/ 741، والتلقين 2/ 449، والكافي 1/ 459، والمنتقى 6/ 7، والجواهر الثمينة 2/ 719.

(8) هو أبو بكر محمد بن سيرين الأنصاري، كان من أتقى التابعين وفقهاء أهل البصرة وعبادهم، سمع من أبي هريرة وعمران بن حصين وابن عباس وابن عمر وغيرهم، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (110هـ) بالبصرة. ينظر: طبقات ابن سعد 7/ 193، وتذكرة الحفاظ 1/ 77، وسير أعلام النبلاء 4/ 606.

المشاركة في هذه المسألة[1]؛ لأن أخذ المال مع التركة مشروط بثبوت النسب[2]، ولم يحصل هذا الشرط، وكذلك يخالف في المسألة التي بعد هذه في كلام المؤلف، والمسألة مشهورة في علم الخلاف، وركون النفس إلى مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وأما إن كان المقر عدلاً، وهو وحده وارث، فالمذهب أن النسب لا يثبت[3]، كما قدمناه في اجتماع الورثة[4]، ومذهب الشافعي ثبوت النسب؛ لأن المشهور عنه أن الورثة إذا اجتمعوا صح إلحاقهم النسب بالميت[5]، ومثله عن ابن القصار على ما قدمناه[6].

قوله: ﴿وَغَيْرُ عَدْلٍ، يُؤْخَذُ لَهُ مِنهُ مَا زَادَ عَلَى تَقْدِيرِ دُخُولِهِ مَعَهُم﴾.

يعني: وإن كان الوارثان ولدين، فأقر أحدهما بثالث وأنكر الثاني، والمقر منهما غير عدل، فإنه يؤخذ من المقر ثلث ما في يديه ويُدفع للمُقَر له[7]، وهذا معنى **قوله: (ما زاد على تقدير دخوله معهم)**. ولكن المؤلف جمع الضمير فقال: معهم. ولم يقل: معهما. وفيه تسامح، وكأنه نبه على كيفية العمل فيما هو أعم من هذه الصورة، وبيان كيفية العمل يأتي إن شاء الله في كتاب الفرائض. وقد تقدم أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لا يرى للمقر له في هذا النوع شيئاً[8]. وقال أبو حنيفة: بأن المقر له يشارك المقر[9] في هذا ويساويه[10]. وبه قال ابن كنانة[11]

---

(1) ينظر: الأم 6/ 226، والمهذب 2/ 352، والوسيط 3/ 361.

(2) (النسب): سقطت من «ج».

(3) ينظر: المنتقى 6/ 7، والجواهر الثمينة 2/ 718، والذخيرة 9/ 311، وبداية المجتهد 2/ 267.

(4) ينظر ص209.

(5) ينظر: المهذب 2/ 352، وروضة الطالبين 4/ 421.

(6) ينظر ص209.

(7) ينظر: الاستذكار 22/ 197، والمعونة ص1256، والكافي 1/ 458، والبيان والتحصيل 14/ 247، والجواهر الثمينة 2/ 719.

(8) ينظر: المهذب 6/ 254، ومختصر المزني ص112.

(9) في «ج»: (المقر يشارك المقر له).

(10) ينظر: بدائع الصنائع 7/ 230، والمبسوط للسرخسي 30/ 71، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 481.

(11) هو عثمان بن عيسى بن كنانة، من أقران الإمام مالك بن أنس وهو الذي جلس في =

من أهل مذهبنا، وبالمشهور من مذهبنا قال أحمد بن حنبل[1]. وهذا الذي قلناه في أن المقر يدفع للمقر له ثلث ما في يديه، إذا كانت التركة عيناً، وأما لو كانت عرضاً، كما لو ترك الميت عبداً وأمَة، فأخذ المقر العبد والمنكر الأَمَة، ثم أقرَّ أحدهما بأخ، فقال ابن ميسر: هو مقر بثلث العبد وثلث الأَمَة، وكان له في الإنكار ـ يعني للمقر ـ نصف كل واحد منهما، فأقر في كل نصف وجب له بثلث ذلك النصف، وهو سُدس العبد، فلما باع نصفه في الأَمة بنصف أخيه في العبد، ضمن لأخيه سدس قيمة الأمة، وأما وعلى القول الأول، لا يحتاج إلى قضاء قاضٍ[2]. وقال أحمد بن نصر الداودي[3]: إنه لو دفع بقضاء لم يضمن.

قوله: ﴿ وَلَوْ تَرَكَ أُمّاً أَو أَخاً، فَأَقَرَّتْ بِأَخٍ، فَفِي المُوطَّإ: يَأْخُذُ مِنهَا النِّصْفَ، وَهوَ السُّدُسُ لِنَفْسِهِ، وَعَلَيْهِ العَمَلُ، وَرُوِيَ: يَقْتَسِمُهُ مَعَ أَخِيهِ ﴾.

إنما كان للمقر به السدس في القول الأول؛ لأن الأمّ أقرت بأخوين، وليس لها معهما إلا السدُس، وقد كانت أخذت الثلث، فَتَخْرُج عن نصفه للمقر به، ولا شيء فيه للمنكر؛ لأن بيده أكثر مما يجب له، ولولا إنكاره لَما بقي بيده الثلثان[4]، والرواية الثانية يشاركه فيه الأخ الآخر؛ لأن الأم أقرت به لهما معاً؛ لأنها تقول: ليس لي مع الأخوين إلا السُّدس، والزائد عليه بينهما سواء[5]،

= حلقة مالك بعد مماته، توفي سنة (186هـ). ينظر: طبقات الفقهاء ص152، وشجرة النور ص60.

(1) ينظر: المغني لابن قدامة 6/ 235، وزاد المستقنع 1/ 163، والكافي في فقه ابن حنبل 2/ 563.
وابن حنبل هو أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، أحد الأئمة الأربعة، أخذ عن أبي بكر بن أبي شيبة وغيره. له كتاب «المسند» في الحديث، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (241هـ). ينظر: طبقات الحنابلة 1/ 4، وسير أعلام النبلاء 13/ 516.

(2) ينظر نفس المصدر السابق والصفحة.

(3) هو أبو جعفر أحمد بن نصر الداودي الطرابلسي، فقيهاً مالكياً فاضلاً. له عدة مؤلفات في الفقه والأصول والحديث منها: «النامي في شرح الموطأ»، و«النصيحة في شرح البخاري»، و«الواعي في الفقه»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ بتلمسان سنة (402هـ). ينظر: الديباج 1/ 35، وشجرة النور ص110.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 14/ 272، والذخيرة 9/ 309.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 13/ 213.

وقيل: يوقف نصف المنكر من السُّدس، فإن صدَّق الأُم أخذه ودفع لأخيه نصف الثلثين اللذين كان أخذهما مع الأُم[1]، وقيل: يوقف الأخ على إقرارها، فإن صدَّقها أخذت السُّدس وكان الباقي بينهما، وإن كذبها كان السُّدس للمقر به، وإن قال: لا أدري. كان السُّدس بينهما[2]، والله أعلم.

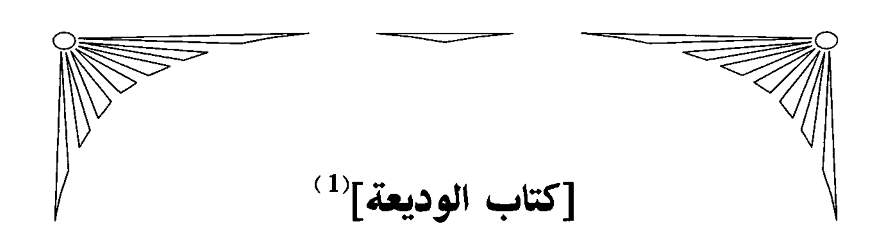
تم كتاب الاستلحاق بحمد الله وحسن عونه، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليماً[3].

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 13/ 213.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 9/ 213، 214، والبيان والتحصيل 14/ 273.

(3) (تم كتاب... تسليماً): سقطت من «ق»، «خ».



[كتاب الوديعة][1]

قوله: ﴿ الوَدِيعَةُ اسْتِنَابَةٌ في حِفظِ المَالِ ﴾.

هذا الرسم[2] صحيح.

فإن قلت: ليس بجامع؛ لخروج إيداع الأب ولده عند غيره ليحفظه له، ووضع الجارية المبيعة بيد الأمين في مدة الاستبراء، وشبه ذلك.

قلت: ليس مراد المؤلف هنا أن يرسم الوديعة لغة، وإنما مراده أن يرسمها في عرف الفقهاء، والذي يترجم له الفقهاء كتاب الوديعة هو ما رسمه المؤلف هنا، فلا يعترض بمسألة حفظ الولد، فإن المراد خروجها من الرسم؛ بل لو أدخلت فيه لكان غير مانع، وأما مسألة الجارية ففيها نظر، فيحتمل أن يقال: هي استنابة على حفظ المال، فينطبق عليها الرسم، ويحتمل أن يقال: ليس المقصود مجرد حفظها، وإنما المقصود الرجوع إلى إخبار الأمين عن خروجها من القُرْء[3]، فلا ينطبق الرسم عليها، ويكون غير جامع.

فإن قلت: سلمنا أنه جامع؛ لكنه غير مانع؛ لدخول بعض أنواع الإجارة

---

(1) الوديعة في اللغة مأخوذة من: الوَدْع وهو الترك، ومنها قوله تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ ۝﴾ [الضحى: 3]، وقوله ﷺ: «ثم لينتهين أقوام عن وَدْعِهم الجُمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين». صحيح مسلم 2/ 591، باب التغليظ في ترك الجمعة.
والأصل في مشروعيتها قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 57]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «أدِّ الأمانة لمن ائتمنك، ولا تخن من خانك». سنن أبي داود 3/ 290، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده.

(2) الرسم: أي التعريف.

(3) القُرء: هو الحيض أو الطهر، فهو من الأضداد. ينظر: لسان العرب 1/ 130، (قرأ).

فيه[1]، ألا ترى أنه ينطبق على الإجارة على حراسة المال.

قلت: وهذا النوع من الإجارة مراد الدخول في هذا الرسم، ولا ينكر[2] في الفقهيات وأمثالها من العلوم أن تكون المسألة مشتملة على وجوه، لكل وجه منها تعلق بباب أو كتاب من كتب الفقه، فيحتاج بسبب ذلك إلى ذكرها في كتب متعددة من كتب الفقه، والله سبحانه أعلم. وإنما كان يعترض بهذا الكلام، أن لو قال المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ: استنابة في حفظ المال بغير عوض، ولكنه لم يذكر هذا القيد، إرادة منه لدخول هذا النوع وشبهه.

قوله: ﴿ وَهِيَ أَمَانَةٌ ﴾.

لمَّا قدَّم رسمها الذي به يحصل تصورها، تعرض لأحكامها، فذكر من تلك الأحكام أنها أمانة؛ أي: ليست بمضمونة في الأصل ما لم يعرض لها عارض يوجب الضمان، وهذا الحكم متفق عليه[3].

قوله: ﴿ وَهِيَ جَائِزَةٌ مِنَ الجَانِبَينِ ﴾.

مراده بالجواز هنا مقابل اللزوم؛ أي: لكل واحد من المودِع والمودَع أن يترك ما أدخل فيه نفسه، فلرب الوديعة أن يستردها من يد من دفعها[4] إليه، ولآخذها أن يردها إليه[5]، ولا يشترط اجتماعهما على الرضى بذلك، ما لم يعرض في ذلك عارض ينقل الحكم إلى اللزوم[6]، كما في الجارية المتواضعة[7]، أو يكون ذلك الحفظ بأجرة، كما أشرنا إليه أنها تعود إجارة، وعقد الإجارة لازم، وربما يعرض لها اللزوم من وجه آخر، كما لو كان ربها

---

(1) (فلا ينطبق... الإجارة فيه): سقطت من «ج».

(2) في «ج»: (ينظر).

(3) ينظر: التفريع 2/ 269، والمعونة ص1204، والكافي 1/ 403، والمقدمات 2/ 544، وبداية المجتهد 2/ 20، والجواهر الثمينة 2/ 721.

(4) في «ج»: (جعلها).

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 721.

(6) في «خ»: (الرجوع).

(7) الجارية المتواضعة هي الأمة التي من شأنها أن تتواضع للرجال، ولهذا فلا يقبضها مشتريها أو الموهوبة له أو غير ذلك من أسباب التملك إلا بعد الاستبراء.

عاجزاً عن حفظها، فيتعين عليه الإيداع؛ لنهيه ﷺ عن إضاعة المال[1]، فإن لم يجد من يحفظها له إلا واحداً، تعيَّن عليه قبولها وحفظها؛ لوجوب إعانة الملهوف، فيكون اللزوم ـ على هذا التقدير ـ بمعنى: الفرض، ومخالفاً للزوم الذي قبله، وفي دخول هذا كله تحت كلام المؤلف رحمه الله نظر؛ لكن العوارض لا يلزم الاعتناء باستيفائها.

قوله: ﴿ وشرطهمَا كالوكيلِ والمُوَكِّل ﴾.

لا خفاء أن الضمير راجع إلى المودِع والمودَع، وظاهر كلامه أنه قدم في الوكيل والموكل شرطاً يجب عليه هنا في المودِع والمودَع، وليس كذلك، وإنما مراده أن كل من صح منه أن يوكل غيره، صح منه أن يودع غيره، وكل من صح منه أن يتوكل، صح منه أن يكون أميناً لغيره في حفظ الوديعة؛ لأنه عرَّف الوديعة بأنها استنابة في حفظ المال، وعرَّف الوكالة بأنها نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة[2]، وقال هناك في بيان الوكيل والموكل: العاقدان، ومن جاز له أن يتصرف لنفسه جاز له أن يوكل أو يتوكل إلا لمانع[3]، ثم فسَّر تلك الموانع، ولم يذكر هناك شرطاً البتة[4] حتى يجب رعيه في المودِع والمودَع.

قوله: ﴿ ومَنْ أودَعَ صَبياً أو سَفِيهاً أو أقْرَضهُ أو بَاعهُ فأتلفهَا لَمْ يَضْمَنْ ولو أَذِنَ لَهُ أهلهُ ﴾.

الضمير المنصوب في **قوله: (فأتلفها)**. راجع إلى السلعة المبيعة، ويعلم من ذلك حكم الوديعة والشيء المقرَض[5]، وليس مراد المؤلف رحمه الله من هذا الكلام بيان أنه لا يصح أن يودَع المال عند الصبي والسفيه، فإن ذلك داخل

---

(1) ونص الحديث في صحيح البخاري عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ: «ثم إن الله حرم عليكم: عقوق الأمهات، ووأد البنات، ومنع وهات، وكره لكم: قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال». صحيح البخاري 2/ 848، باب ما ينهى عن إضاعة المال.

(2) ينظر ص95.

(3) ينظر ص130.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 721.

(5) م ث: قال خليل: ويحتمل أن يعود على الوديعة، ويعلم من ذلك حكم المبيع والمقرض، ويرجحه أن الباب معقود للوديعة فكان النص على حكمها أولى. [5/ 210]

تحت قوله: وشرطهما كالوكيل والموكل. على ما بيّنّاه، وقد علم فوات ذلك الشرط في الصبي والسفيه، وليس مراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ذلك[1]، وإنما مراده بيان الحكم بعد وقوع هذه الصورة أنه عدم الضمان، وذلك بسبب أن المودِع والمُقرِض والبائع سلطوا على أموالهم المحجور، ولو ضمن المحجور لبطلت فائدة الحجر[2]، وهذا ما لم يكن المحجور صرف هذه الوديعة أو ما ذكر معها في صرف المصالح التي لا بد له منها، فيرجع عليها بالأقل مما أتلفوا أو مما صرفوا[3] على ما كنَّا قدمناه قبل هذا، وليس إذن ولي السفيه أو الصبي في شيء مما ذكر موجباً لتعلق الضمان بالولي لا بالمولى عليه[4].

قوله: ﴿ وتَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ العَبدِ المَأْذُونِ لَهُ عَاجِلا[5] ﴾.

قد علم مما قدمه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أن الوديعة أمانة، وذلك يمنع من أن يكون مراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا بتعلق الوديعة بذمة العبد المأذون له، هو أنها تتعلق بذمته بنفس قبولها وقبضها[6]، وإنما يريد أن العبد المأذون له في التجارة كالحر، والحر إذا قبض الوديعة فأتلفها تعلقت بذمته، فكذلك المأذون له[7]، واحتيج إلى التنبيه على هذه المسألة من أجل أنه قد يُظن أن الوديعة تخالف الديون؛ لأن الديون باشرها بإذن السيد في التجارة، بخلاف الوديعة، فإن السيد لم يأذن له فيها؛ ولكنها من عوارض التجارة التي لا بد منها عادة، فإذن السيد للعبد فيها وإن لم يدل عليها مطابقة، فقد دلَّ عليها التزاماً، وليس **لقول المؤلف** رَحِمَهُ اللَّهُ هنا: **(عاجلاً)**. كبير فائدة؛ لأن ما تعلق بذمة العبد لم يكن لسيده إسقاطه، فمن وجب له حق أخذه به في الحال إن أمكنه ذلك[8]؛ لكنه

---

(1) (وليس مراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ذلك): سقطت من «ج».

(2) ينظر: المدونة 15/ 152، 163، والجواهر الثمينة 2/ 721، والتاج والإكليل 5/ 567.

(3) ينظر: الذخيرة 9/ 142، والتاج والإكليل 5/ 267.

(4) ينظر: المدونة 15/ 152، والجواهر الثمينة 2/ 721، والذخيرة 9/ 141.

(5) (السفيه. . . عاجلاً): سقطت من «ج».

(6) في «ج»: (أو قبضها).

(7) ينظر: المدونة 15/ 153، والنوادر والزيادات 10/ 448، والبيان والتحصيل 15/ 305، والجواهر الثمينة 2/ 721.

(8) ينظر: المدونة 15/ 153، والنوادر والزيادات 10/ 448، والجواهر الثمينة 2/ 721.

حكى عن أشهب: أنها تتعلق بذمته، ولا تؤخذ من ماله الآن[1]. ولو قال المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ: على المشهور. وشبه ذلك، لأفاده اللفظ.

قوله: ﴿ وَبِذِمَّةِ غَيرِهِ إِذَا عُتِقَ دُونَ رقَبتِهِ، مَا لَمْ يُسقطها السَّيِّدُ، وقال أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ: إِن كان مثْلهُ يُستودَعُ، فكالمَأْذُونِ لَهُ وقيلَ: إِنْ استَهْلَكَهَا فجِنَايةٌ في رقَبتِهِ ﴾.

هذا معطوف على المجرور بالباء قبله، وتصور كلامه ظاهر؛ إلا أن تشبيه أشهب من يستودع مثله بالمأذون له، مع أنه لم يَحك المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في المأذون له سوى ما تقدم، يدل على أن المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ يعتقد أن أشهب موافق لابن القاسم في كل ما حكاه من حكم المأذون له، وأنه يضمن الوديعة عاجلاً، وقد قدمنا[2] أن بعضهم حكى عن أشهب أنها لا تؤخذ من مال المأذون له الآن؛ بل بعد العتق، وأنكر سحنون قول أشهب هذا[3]، وإنكاره له صحيح؛ لأن كون العبد مما يستودع مثله، لا يوجب على السيد أمراً لم يلزمه، ولا سيما إن كان مراد أشهب أنها تؤخذ من ماله عاجلاً، فعلى السيد في ذلك ضرر عظيم، وإن كان مراده ما حكاه بعضهم أنها لا تؤخذ من ماله، فذلك عيب أيضاً في عبده، مع أنه لم يتسبب السيد فيه بوجه، ورب الوديعة سلطه على ماله.

فإن قلت: ما معنى القول الثالث، هل هو في جميع صور هذه المسألة، أو هو مقصور على بعض صورها؟

قلت: هذا القول حكاه يحيى بن عمر، وظاهره يقضي أن العبد إذا باشر بالإتلاف، سواء كان ذلك عن انتفاع كما لو أنفقها أم لا، كما لو رمَى بها في البحر، فإنها تكون جناية في رقبته، كما لو لم يأذن له السيد، وإنها إذا تلفت عنده بتضييع فإنها لا تكون جناية، ثم يحتمل بعد ذلك أن تتعلق بذمته ـ وهو الأقرب ـ وأن لا تتعلق بذمته[4]. واعلم أن مذهب أشهب هو أن مطلق الإذن للعبد في التجارة لا يوجب أن يكون العبد مأذوناً له في قبول الوديعة، حتى

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 448، والجواهر الثمينة 2/ 721.
(2) ينظر بداية هذه الصفحة.
(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 448، والجواهر الثمينة 2/ 721.
(4) ينظر: المدونة 15/ 154.

يكون غير وغد، فالموجب عنده لتعلق الوديعة بذمة العبد هو كونه غير وغد؛ أي: مثله يودع عنده[1]، وكونه مأذون له في التجارة وصف طردي في ذلك، قال عنه الشيخ أبو عبد الله محمد: «إذا استَتْجَرَ عبده[2] الوغد، فلسيده أن يبطل عنه ما أتلف من أمانته؛ لأنه لم يأذن له في أن أخذ الودائع، ومثله لا يودع»[3]. وكان موضع هذا الكلام حيث تكلم المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في المأذون له؛ لكن أتينا به هنا. قال أشهب في «العتبية»: «ومن أراد أن يودِع رجلاً فقال: ادفعها إلى عبدي. ففعل، فاستهلكها العبد، فهي في ذمته، ولا شيء على السيد وإن غرَّه من العبد. قال ابن عبد الحكم: ولا تكون في ذمة العبد بإقراره بأنه استهلكها، حتى تقوم بينة باستهلاكه إياها»[4].

قوله: ﴿ ويَضْمَنُ بالإيدَاعِ، والنَّقْلِ، والخَلْطِ، والانتِفَاعِ، والمُخالفَةِ، والتَّضْييعِ، والجُحُودِ ﴾.

هذه الأوصاف السبعة هي أسباب ضمان المودَع، قد ذكرها المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ مجملة، وأتبعها بتفصيل أحكامها، وثَمَّ أسباب أُخر اختُلف فيها، تعرض المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ لبعضها.

قوله: ﴿ فَإنْ أَودَعَ لِعُذْرٍ كَعَوْرَةِ مَنْزِلِهِ، أو لِسَفَرِهِ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ، لَمْ يَضْمَنْ وَلَوْ لَمْ يُشهِدْ ﴾.

هذا أول الكلام على السبب الأول من أسباب ضمان المودَع، وقد تقدم أن المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: إنه يضمن بالإيداع؛ يعني: ولو كان المودَع الثاني مثل الأول في الأمانة أو أقوى منه أمانة؛ لأن لربها أن يقول: لم أرض إلا بأمانتك[5]. إلا أن يحدث عذر لم يكن موجوداً حين أودعها ربها؛ كعورة المنزل أو جار سوءٍ، فأودعها لأجل ذلك، فلا ضمان عليه[6]، فإن كان هذا

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 448، والجواهر الثمينة 2/ 721، والذخيرة 9/ 141.

(2) في «خ»: (العبد).

(3) النوادر والزيادات 10/ 448.

(4) البيان والتحصيل 15/ 305.

(5) ينظر: المدونة ص1205.

(6) ينظر: المدونة 15/ 145، والتفريع 2/ 270، والمعونة ص1205 ـ 1208، والكافي 1/ 403، والبيان والتحصيل 15/ 287.

العذر موجوداً حين أودعها ربها كعورة المنزل، وكان ربها عالماً بذلك، لم يكن للمودع أن يودعها، فإن فعل، ضمن[1]. قال الشيخ أبو الحسن اللخمي[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإن كان صاحبها غير عالم ضمنها، وسواء ضاعت عنده أو عند غيره؛ إلا أن يكون ضياعها عنده بغير السبب الذي يخاف منه[3]. وتَأَوَّل[4] هذا القدر الذي ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو مذهب ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ على أن الوديعة كانت غير العين، ولو كانت دنانير وشبهها مما يدفن في الأرض ولا يخاف أن يضطر إلى إخراجها، لم يكن له إيداعها[5].

قلت: قد يقال: إن الدفن إما غير سائغ، وذلك إذا لم يخبر أحداً بموضع[6] الوديعة فإنه معرض للموت فيكون متسبباً في تلفها، وإما أن يخبر، وذلك في معنى إيداع غيره. وأما إرادة السفر، فذلك عذر صحيح مبيح لإيداعها إن وجد من يودعها عنده. قال أبو الحسن اللخمي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو لم يجد ثقة يودعها عنده؛ لأنه في قرية، أو خشي عليها إن تركها فخرج بها، لم يضمن[7].

قلت: وهذا صحيح؛ لأن خروجه بها على هذا الحال حفظ لها، ولو أودعها لضمن؛ فإن خرج بها من غير عذر، فالمشهور أنه ضامن[8]. وقال أصبغ: للقاضي أن يبعث المال إلى ورثة المودع من بلد إلى بلد[9]. وأما **قول المؤلف** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **(عند عجز الرد)**. فمعناه: أنه لا يودع عند وجود العذر؛ إلا

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 430، وبداية المجتهد 2/ 261.

(2) هو الشيخ أبو الحسن علي بن محمد بن علي اللخمي، فقيهاً مالكياً مشهوراً. له مؤلفات منها: كتاب على المدونة يسمى «التبصرة»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (498هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 18/ 489، والديباج 1/ 203.

(3) ينظر: التاج والإكليل 5/ 257.

(4) في «خ»: (وبتأول).

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 722.

(6) في «خ»: (بمحل).

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 722.

(8) ينظر: التفريع 2/ 270، والنوادر والزيادات 10/ 429، وبداية المجتهد 2/ 234، والجواهر الثمينة 2/ 722.

(9) ينظر: الذخيرة 9/ 166.

إذا عجز المودَع على الرد إلى من أودعه، وهو ظاهر؛ لأنه لو لم يشترط ذلك[1] لكان تصرفاً في الوديعة بعد القدرة على تركه. وأما **قوله: (ولو لم يشهد)**. فمعناه: أن اعتماده في الإيداع لغير ما تقدم من العذر كافٍ، ولا يحتاج مع ذلك إلى الإشهاد على الدفع إلى من يودعه، هكذا في «المدونة»[2]، وزاد فيها: «أنه لا يصدق في أنه خاف موضعه، أو أراد سفراً فأودعها لذلك»[3]. وخرَّج أبو الحسن اللخمي في هذا الوجه خلافاً مما وقع لهم فيمن اكترى دابة، فلما قدِم قال: أودعتها لأنها وقفَت عليَّ في الطريق، فقالوا: يصدق. قال: فعلى هذا ينبغي أن يصدق أنه أودعها لخوف موضع، أو لسفر إذا خفي أمره، ولو لم يعلم هل سافر أم لا. قال: وهو في الوديعة أبين؛ لأنه لا يُتهم أحد أن يُخرج الوديعة عن يده لغير عذر. قال: ومُجمل قول ابن القاسم رحمه الله: أنه بصدق في الإيداع بعد ثبوت الخوف والسفر، على أن المودِع صدَّقه في قبضها، ويقول: إنها ضاعت، وأما إن كذبه وقال: لم تدفع إليَّ شيئاً. فإنه لا يصدق[4]، على أصله فيمن دفع إلى غير اليد التي دفعت إليه. وقال عبد الملك[5]: إنه يصدق. واختاره الشيخ اللخمي، وفيما ألزمه ابن القاسم هنا نظرٌ فتأمله.

قوله: ﴿ولَوْ سافرَ بِها مَعَ القُدرةِ على إيداعِ أَمينٍ ضَمِنَ﴾.

يعني: أن عذر السفر لا ينقل الحكم من المنع إلى الإباحة خاصة؛ بل يتعدى إلى الوجوب، وذلك أنه لو نقل[6] إلى الإباحة لما ضمن المودَع بتركه الإيداع إذا أراد السفر، لكنه يضمن؛ لأنه عرَّضها للتلف حين سافر بها من غير ضرورة[7]، قال في «المدونة»: وإن سافر فحمل الوديعة معه

---

(1) (لأنه لو لم يشترط ذلك): سقطت من «ج».
(2) ينظر: المدونة 15/ 145.
(3) المدونة 15/ 145.
(4) ينظر: الذخيرة 9/ 146.
(5) في «خ»: (قال محمد).
(6) في «ج»: (تعدى).
(7) ينظر: المدونة 15/ 145، والتفريع 2/ 270، والمعونة ص1205، والكافي 1/ 403، والجواهر الثمينة 2/ 722.

ضمن[1]. وقال فيها عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: «في امرأة ماتت بالإسكندرية[2]، فكتب وصيها إلى ورثتها وهم بالمدينة[3]، فلم يأته منهم خبر، فخرج بتركتها إليهم، فهلكت في الطريق، فهو لها ضامن من حين خرج بها بغير أمر أربابها»[4].

فقوله: حين خرج بها بغير أمر أربابها[5]. هو علة الضمان عنده، وبه يتم لابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ الاستشهاد على **قوله: (وإن سافر فحمل الوديعة معه ضمن)**. وإلا فكان لقائل[6] أن يفرق له أن مسألة مالك خرَج فيها المودَع من بلده لا لموجب؛ بل بسبب الوديعة، وذلك ليس عذراً صحيحاً في سقوط الضمان، ومسألة ابن القاسم في المسافر لحاجة نفسه واستتبع الوديعة معه، ولم يخرُج بسبب الوديعة، فلم يتعد فيها، فلا يضمن؛ لكن لمَّا كانت علة الضمان عند مالك إنما هو خروجه بالوديعة بغير أمر أربابها ـ وهذا المعنى حاصل في مسألة ابن القاسم ـ صح اشتراكهما في الحكم، والله سبحانه أعلم.

وقد تقدم ما حكيناه عن أصبغ[7]، وهو خلاف لِما قاله ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ هنا، وتقدم أيضاً ما يدل عليه كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بالالتزام هنا، أنه لو خرَج بها مع عدم القدرة على إيداعها، أنه لا يضمن[8]، ويقع في بعض النسخ زيادة لفظة: (أمين) بعد **قوله: (على إيداع)**. وهي زيادة حسنة؛ لأن إيداع غير الأمين هو عين التضييع.

قوله: ﴿فَلَوْ رَجَعَتْ سَالِمَةً لَمْ يَضْمَنْ﴾.

يعني: فلو رجعت الوديعة معه من السفر إلى المكان الذين سافر منه، ثم

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 155.

(2) الإسكندرية: مدينة على ساحل البحر غربي مصر، أسسها الرومان. ينظر: معجم البلدان 1/ 183.

(3) المدينة: مدينة رسول الله ﷺ ومن أسمائها: يثرب، وطيبة، والدار، وغيرها من الأسماء. ينظر: معجم ما استعجم 4/ 1201، ومعجم البلدان 5/ 82.

(4) المدونة 15/ 145.

(5) (فقوله... أربابها): سقطت من «ج».

(6) في «ج»: (القياس).

(7) ينظر ص227.

(8) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 722.

ضاعت بعد ذلك بغير هذا السبب، فإنه لا يضمن[1]، وهو ظاهر؛ لعدم سبب الضمان.

فإن قلت: هلا حملت كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ على أن مراده[2]: فلو رجعت إلى يد المودِع من الذين كان أودعها له وهو المودَع الثاني؛ لأن الحكم أيضاً عدم الضمان إذا أودعها لغير عذر، ثم عادت إليه ثم ضاعت بغير ذلك السبب.

قلت: ذلك محتمل أيضاً، أن يعود معه على مجموع الوجهين؛ إلا أن الذي قلناه أولاً أظهر؛ لأنه تفريع على ما دل عليه كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بالمطابقة، وهو: ولو سافر بها مع القدرة... إلى آخره، والذي ذكره السائل تفريع على ما دل عليه كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ التزاماً؛ لأن قوله قبل هذا: فإن أودع لعذر... إلى آخره، إنما يدل على الضمان بحسب مفهوم الشرط، غير أنه قدم قبل ذلك أنه يضمن بالإيداع، والأمر في هذا قريب، وهنا انتهى ما يتعلق بالكلام عن السبب الأول من أسباب الضمان.

قوله: ﴿فلو اسْتودَعَ جِرَاراً وشِبهها، فنقلها نَقْلَ مثْلها فتكسَّرَت، لَمْ يَضْمَنْ﴾.

هذا هو السبب الثاني من أسباب الضمان، وهو نقل الوديعة من مكان إلى مكان بشرط اتحاد البلد، وأما لو كان من بلد إلى بلد، فذلك من عوارض السبب الأول ـ وقد تقدم الكلام عليه ـ ثم هذا النقل منه ما هو مأذون فيه عادة، وذلك هو مراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ **بقوله: (نقل مثلها)**. فهذا لا يوجب الضمان إن تكسرت الجرار، ومنه ما ليس بمأذون فيه عادة، فهذا يوجب الضمان[3]، كما لو نقلها لغير ضرورة فتكسرت[4].

قوله: ﴿فلو سَقَطَ مِن يدَهِ شيءٌ فكسَّرها ضَمنَ؛ لأنَّها جِنَايةٌ خطأٌ﴾.

هذا ظاهر التصور والتوجيه، وقد قالوا فيمن وقف على فَخَّارٍ ليشتري

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 530، والذخيرة 9/ 164.

(2) في «ج»: (كلامه).

(3) (وذلك... يوجب الضمان): سقطت من «ج».

(4) ينظر: التفريع 2/ 271، والنوادر والزيادات 10/ 432، والكافي 1/ 403، والجواهر الثمينة 2/ 722.

منهن فأذن له في تقليب الفَخَّار، فأخذ آنية، فسقطت من يده على آنية أخرى فانكسرت الآنيتان معاً، لم يضمن التي سقطت من يده، ويضمن السُّفلى[1].

قوله: ﴿ ولوْ رفَعَهَا عِندَ زوجتِهِ أو خَادِمِهِ المُعتَادَةِ عِندهُ بذَلِكَ، لَمْ يضْمَنْ، خِلَافاً لأَشهَبَ ﴾.

يعني: لو رفع المودَع الوديعة عند زوجته أو خادمه، بشرط أن تكون عادته الرفع عند أحدهما، فضاعت الوديعة، فلم يُضمِّنه ابن القاسم[2]، وضمَّنه أشهب[3]. وظاهر كلامه ـ كما فسرناه ـ أن أشهب يخالف في الزوجة كما يخالف في الخادم، وهو تأويل غير واحد على أشهب[4] ـ وهو صحيح ـ وإن كان أشهب لم ينص في الرواية عنه على حكم الزوجين بالتعيين، ومن الشيوخ من أشار إلى أن قول أشهب بالتضمين تقييد لما أطلقه ابن القاسم، وأن مراد أشهب إذا كانت عادته ألا يرفع عندهما[5]. ونص كلام أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ على ما في «النوادر»: «وقال أشهب في كتابه: إذا أودع لغيره من عبد أو خادم أو أجير ممن في عياله أو في غير عياله فهو ضامن، وأما في وضعه إياها في بيته أو صندوقه أو في غير ذلك من بيته أو بيت غيره إذا لم يأتمنه عليها ويُخلِّي بينه وبينها، فإنه لا يضمن»[6].

وأما الشرط الذي ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في **قوله: (المعتادة عنده بذلك)**. فهو لابن القاسم في «المدونة»[7]، قيَّد به إطلاق قول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ واختلف الشيوخ، هل ذلك مخالف لقول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ أوْ لا؟ والأقرب أنه وِفاق. قال في «المدونة» عن ابن القاسم: وهذا ما لا بد منه، وكذلك إن دفعه إلى عبده

---

(1) ينظر: التفريع 2/ 271، والنوادر والزيادات 10/ 432، والكافي 1/ 403، والجواهر الثمينة 2/ 722.

(2) ينظر: المدونة 15/ 144.

(3) ينظر: التفريع 2/ 271، والنوادر والزيادات 10/ 429، والكافي 1/ 403، والبيان والتحصيل 15/ 287، 288، والجواهر الثمينة 2/ 722.

(4) (على أشهب): سقطت من «ج».

(5) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 288، والذخيرة 9/ 162.

(6) النوادر والزيادات 10/ 430، والجواهر الثمينة 2/ 722.

(7) ينظر: المدونة 15/ 144.

أو أجيره الذي في عياله. قال: ويصدَّق أنه دفعه إلى أهله، وأنه أودعه على هذه الوجوه التي ذكرنا أنه لا يضمن فيها وإنْ لم تقُم له بينة[1]. ثم إنْ ذكَر أنه دفَع الوديعة إلى زوجته فأنكرت، فهل تتوجه عليه اليمين؟ اختلف الشيوخ في ذلك[2]، فمنهم من وجَّهها على المتهم وأسقطها عن غير المتهم، ومنهم من وجَّهها على الجميع. قال: لأن هنا من يدعى تكذيبه، واحتج على ذلك بما لو قال المودَع: رددتها إلى ربها، وكذَّبه ربها في ذلك، فإن المودَع يحلف متهماً وغير متهم، وهذا الكلام إن أراد به أن التهمة مع تكذيب الزوجة له قوية، بخلاف ما إذا لم يكن هناك من يكذبه، فلا يبعُد، وإن أراد غير ذلك، وأنها دعوى محققة، فقد قال: إن المكذب للمودع في مسألة دعواه على الزوجة هو غير رب الوديعة، وربها لا يحقق عليه الدعوى، فلم تخرج اليمين المتوجهة بسبب هذه الدعوى عن أن تكون يمين تُهمة، وأما في مسألة دعواه رد الوديعة على ربها، فربها هو المُكذِّب له، وكل واحد منهما يحقق على صاحبه، فلا بد من توجه اليمين على من حققت عليه الدعوى.

قوله: ﴿ومتَى مَاتَ وَلَمْ يُوصِ بِهَا وَلَمْ تُوجَدْ، ضَمِنَ، قال مالك: مَا لَمْ يتَقَادَمْ كعَشْرِ سِنِينَ﴾.

يعني: إذا مات من بيده الوديعة وما أوصى بها ولا وجدت في تركته، ففي «المدونة» في كتاب القراض[3] وكتاب الوديعة[4]: أنه ضامن. ورأى سكوته عنها وعن الوصية بها مع أنها لم توجد، قرينة تدل على أنه تصرف فيها، واستشكل ذلك بعضهم، ورأى أن الأصل فيما قُبِضَ على الوديعة والأمانة أنه باقٍ على ذلك، وقصارى هذه القرينة أن توجب شكّاً، والذِّمم لا تَعمُر بالشك، ولأجل هذا استثنى مالك رَحِمَهُ اللَّهُ **بقوله: (ما لم يتقادم)**. لضعف موجب الضمان في الأصل، ولو وجب محققاً لَما سقط بهذا القدر[5] من

(1) ينظر: المدونة 15/ 145.
(2) ينظر: الذخيرة 9/ 162.
(3) ينظر: المدونة 12/ 130.
(4) ينظر: المدونة 15/ 149.
(5) في «خ»: (المقدار).

الطول، وكأنه رأى أن هذا الطول يدل على أنها ربها أخذها قبل ذلك، أو ما يشبه هذا من الاحتمالات المنظمة إلى الأصل في سقوط الضمان. وذكر الشيخ أبو الحسن اللخمي رحمه الله خلافاً في سقوط الضمان في هذه المسألة، ولم يذكر قائله، واختار هو التفرقة بين العين والعرض، والمكيل والموزون، فيُحمل في العين على السلف، وفي العرض على التلف، وفي المكيل والموزون في الحاضرة على التلف، وفي البادية على السلف، وذلك بناء على عوائد اطردت عنده أوجبت هذا التفصيل. ولابن القاسم في «العتبية»: «إذا ترك ودائع ولم يوص بها، فتوجد صُرر عليها مكتوب: هذه لفلان وفيها كذا. ولا بينة على إيداعه، فلا شيء له إلا ببينة أو بإقرار أهل الميت، ولعله صانع أهل الميت. وقال عنه عيسى[1] فيمن بيده ودائع وهو يعلم أنه ينفق منها، فيوصي بودائع، فيوجد في تابوته كيسٌ فيه دنانير مكتوب فيه: إنها لفلان وعددها كذا. فتوجد أقل، فإن ثَبت خطه ببينة كان ما نقَص في ماله، وإلا حلف الورثة أنهم ما يعلمون من ذلك شيئاً»[2]. قال أصبغ: «وكذلك لو وُجِد خط يد صاحب المال على الكيس مع وجدانه في حوز المستودع حيث أمره، فإنه يُقضى له به. قال أشهب[3]: فيمن قال عند موته: قراض فلان، ووديعة فلان في موضع كذا، فلم يوجد حيث قال، فلا ضمان عليه»[4].

قوله: ﴿ وفِيها: إنْ بَعَثَ بِضَاعةً إلى رجُلٍ بِبَلَدٍ، فمَاتَ الرَّسُولُ بعدَ وصُولِهِ، وقالَ المُرسَلُ إليهِ: لَمْ يُوصلهَا لِي: فَلا شيءَ فِي تَرِكَتِهِ، فإنْ مَاتَ قَبلُ، فَفِي تَرِكَتِهِ، قالَ سحْنونٌ: روايةُ سُوءٍ، وعَكَسَ مُحمَّدٌ فِيهمَا. وقال أشْهبُ: في تَركتِهِ فِيهِمَا ﴾.

تصور هذه المسألة بيِّنٌ، ونسب المؤلف رحمه الله هذه المسألة إلى

(1) هو أبو محمد عيسى بن دينار الغافقي القرطبي، فقيه الأندلس ومفتيها، قال في حقه ابن لبابة: فقيه الأندلس عيسى بن دينار. ارتحل إلى ابن القاسم ولزمه مدة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (212هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص163، وسير أعلام النبلاء 10/ 439، والديباج 1/ 350.

(2) البيان والتحصيل 15/ 296، والنوادر والزيادات 10/ 453.

(3) في «خ»: (قال أصبغ). وهو خطأ.

(4) النوادر والزيادات 10/ 454.

«المدونة»[1]، وإن كانت الأولَى كذلك؛ لأن الأُولى هي أصل المذهبين والثانية جاءت على خلاف ذلك، فكأنه أشار إلى أن الثانية ينبغي أن تُتأول إن أمكن، وقد تأوَّلها حمديس[2] على معنى أنه طال مُقامه بعد الوصول إلى المرسل إليه ثم مات، فقد فات شرط التضمين الذي ذكره مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في المسألة السابقة، وأما لو لم يطُل مُقامه، لكانت في تركته[3]. وحملها سحنون رضي الله عنه على الخلاف، ولذلك قال: هي رواية سوء. واختار هو ومحمد بن المواز ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ عن أشهب[4]، وعلى ما قاله عن حمديس[5] لا يكون بين ما في «المدونة»، وبين قول أشهب[6] فرق، وفي كتاب «محمد» عكس ما في «المدونة»، وإن كان المؤلف نسَبه إلى محمد؛ أي: اختاره، وفيه تسامح، والذي اختاره هو قول أشهب، غير أنه حكى القول الذي ذكره المؤلف عنه، وضمير التثنية المجرور بـ(في) راجع إلى حالي موت المودِع والمودَع[7]، ولا يظهر له كبير فائدة فيما حكاه عن محمد؛ لأن لفظة: (عكس) تغني عن ذلك المجرور، لاستدعائها محلين[8]؛ لكنها جاءت توطئة للمجرور الثاني في كلام أشهب ومبيِّنة له، وقد يتخرَّج في هذه المسألة قول بسقوط الضمان مطلقاً من المسألة السابقة، وكان من حق المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أن يبيِّن مراد سحنون **بقوله: (رواية سوء)**. فإنه كما يحتمل ما قلناه عنه من موافقة أشهب، فكذلك يحتمل سقوط الضمان مطلقاً؛ ولكنه أجمَل كلامه في ذلك، كما أجمله فيما نسبَه إلى محمد، وليس باختياره، وإنما اختياره ما قدمناه.

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 149.

(2) هو حمديس بن إبراهيم بن أبي محرز اللخمي، من أهل قفصة، نزل مصر وبها توفي، سمع محمد بن عبد الحكم وغيره. له كتاب مشهور في «اختصار المدونة»، روى عنه مؤمل بن يحيى وغيره، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (299هـ). الديباج 1/ 108.

(3) ينظر: الذخيرة 9/ 147.

(4) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(5) في «ق»: (سحنون).

(6) في «ج»: (ما قاله حمديس).

(7) (المودَع): سقطت من «ق».

(8) (محلين): سقطت من «ج».

قوله: ﴿ أمَّا لَوْ لَمْ يَمُتْ وأَكْذَبَهُ، لَمْ يُصَدَّقْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ ولَوْ صدَّقَهُ المُرسَلُ إليهِ ﴾.

يريد فإن لم يمُت الرسول، ودفع الوديعة إلى من أمره ربها بدفعها إليه، فضاعت وأنكر ربها، فإنه لا يصدق في دفعها إليه حتى يقيم البينة على معاينة الدفع، فإن لم يُقمها بذلك ضمن، سواء صدَّقه المرسل إليه في قبضها منه أم لم يصدقه في ذلك[1]. وقد تقدم في كتاب الوكالة أن هذا مذهب ابن القاسم في الوكيل المخصوص، بخلاف الوكيل المفوض إليه، وخلاف ابن الماجشون في هذا المعنى[2]. وفي «المدونة»: وإن بِعت من رجل عبداً، وبعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن، فقال: قبضته وضاع منِّي، فإن لم يُقم المشتري بينة بالدفع إلى رسولك[3] ضمن، بخلاف من دفعت إليه مالاً ليدفعه إلى رجل فقال: دفعته إليه بغير بيّنة وصدقه الرجل[4]، وهذا لا يضمن[5]. وقد أكثر الشيوخ الكلام في هذه المسألة والاعتذار عنها، وذلك خاص بـ«المدونة».

قوله: ﴿ ولو خَلَطَ قمْحاً بقمْحٍ، أو درَاهِمَ بدنَانِيرَ، لَمْ يَضْمَنْ ﴾.

هذا الكلام مما يتعلق بالسبب الثالث من أسباب تضمين المودَع، وهو خلط الوديعة بغيرها.

فإن قلت: وأين التضمين، والمؤلف رحمه الله قد حكى عدم الضمان؟

قلت: عدم الضمان فيما ذكره يدل على الضمان فيما عدا ذلك فيما لم يذكره، وذلك أنه حكى صورتين:

إحداهما: أن يخلط قمحاً بقمح، وذلك يعطي أنه إذا خلط الشيء بمثله ـ يريد جنْساً وصفة ـ وكان الخلط لا يمكن معه التمييز عادة، فهذا لا يوجب

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 148، والمقدمات 2/ 461.

(2) ينظر ص141.

(3) في «ج»: (رسوله).

(4) في «ج»: (الوكيل).

(5) ينظر: المدونة 15/ 155.

الضمان على المشهور[1]، كما يأتي أيضاً في تسلُّفه[2] ذلك وردِّه. وقال عبد الملك: أنه يضمن[3]. وهو الظاهر؛ لأن القمح وشبهه يراد لعينه، ألا ترى أنه ينتقض البيع باستحقاقه وبردِّه للعيب، أمَّا إن اختلفت صِفتا القمح وكان قمح الوديعة أجود، فإنه ضامن بلا خلاف[4].

والصورة الثانية: إذا خلط الجنس بغير جنسه، وكان ذلك لا يمنع من تمييزهما كالدنانير مع الدراهم، فلا ضمان؛ لانتفاء موجبه[5]، إذ لا مشقة في التمييز كما ذكرنا، ومجموع هذا الكلام يدل على ثبوت الضمان فيما عدا هاتين الصورتين وما في معناهما.

فإن قلت: لا نسلم دلالة كلام المؤلف على ذلك، فإنه ليس في كلامه هنا ما يشعر به، سوى ما اقتضته لفظة: (لو) من الامتناع، ولا كبير دلالة في ذلك.

قلت: قد تقدم قبل هذا أن الخلط من أسباب الضمان، فصار من أجل ذلك أن الأصل هو الضمان عند وجود هذا السبب، فلا يحتاج إلى زيادة تدل على هذا المعنى، وإنما ذكر هاتين الصورتين كالمخصص لذلك العموم المتقدم لهما وما في معناهما، فقد اشتمل كلامه أولاً وآخراً على الخلط الذي يوجب الضمان والخلط الذي لا يوجبه. وقال ابن الماجشون: «إذا خلط الوديعة بمثلها في الصفة، إلا أن الوديعة قليلة جداً، والذي خُلطت به مال عظيم حتى شهرها بذلك، ضمن»[6]. ومالَ إليه بعضهم بشرط أن يكون موضع الوديعة قبل ذلك مما لا يعرف بالدنانير والدراهم، وإن كان هو ممَّا يُعرف بذلك، فلا ضمان[7]، وهو موافق لقول عبد الملك، ألا ترى إلى قوله: حتى

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 146، والكافي 1/ 403، والجواهر الثمينة 2/ 723، والتاج والإكليل 5/ 253.

(2) في «خ»: (تسليفه).

(3) ينظر: الذخيرة 9/ 168.

(4) ينظر: المدونة 15/ 146.

(5) ينظر: المدونة 15/ 146، والكافي 1/ 404، والذخيرة 9/ 167.

(6) الذخيرة 9/ 168.

(7) ينظر: المدونة 15/ 145.

شهرَها بذلك. ولو كان عنده وديعتان لرجلين أحدهما: شعير، والأخرى: قمح، فخلطهما المودَع، ضمن لكل واحد منهما مثل وديعته[1]، فإن أراد رفع العِداء عنه ويشتركا في الطعامين لَمْ يَجُز ذلك عند سحنون[2]، وأجازه ابن القاسم وأشهب[3]، ومعناها إذا كان ذلك برضى المودِع، قاله ابن القاسم، ثم قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ: يقتسمان هذا الطعام على القيمة[4]. قال الشيخ أبو الحسن اللخمي: يريد قيمة القمح معيباً، وقيمة الشعير غير معيب[5]. ولابن القاسم أيضاً: أنهما يقتسمان الثمن[6]. وقال ابن المواز نحوه[7]، ولأشهب: إنما يقتسمانه على الكيل[8]. وللمسألة فروع تركناها لبعدها عن كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ.

قوله: ﴿ ولوْ لَبِسَ الثَّوبَ، أوْ رَكِبَ الدَّابَة فَهَلَكَتْ فِي ذلِكَ، ضَمِنَ ﴾.

هذا الفرع مما يتعلق بالسبب الرابع من أسباب الضمان، وهو الانتفاع بالوديعة، ولا شك أنه متعدٍّ بلباس ثوب الوديعة وركوب الدابة، وأن المتعدي ضامن لَما تعدى فيه إذا هلك في حال عدَاه، فإن لم يهلك[9]، وهو مراد المؤلف رَحِمَهُ اللهُ **بقوله:**

﴿ فإنْ رَدَّهَا علَى حَالِهَا فَهَلَكَتْ بَرِيءَ، وثَالِثِهَا: إنْ كَانَ بإِشهَادٍ ﴾.

ظاهر كلامه يقتضي أنه إذا نزع الثوب الذي لبسه، أو نزل عن الدابة في الموضع الذي ركِبها منه، ثم هلك الثوب والدابة بعد ذلك، فقال رب

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 146، والنوادر والزيادات 10/ 321، وفتاوى ابن رشد 1/ 480، والجواهر الثمينة 2/ 723.

(2) ينظر: المدونة 15/ 147، والنوادر والزيادات 10/ 321، والذخيرة 9/ 167، والتاج والإكليل 5/ 255.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 321.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 322، والذخيرة 9/ 168، والتاج والإكليل 5/ 253.

(5) ينظر: الذخيرة 9/ 169، والتاج والإكليل 5/ 253.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 322، والتاج والإكليل 5/ 253.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 322، والذخيرة 9/ 168.

(8) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(9) ينظر: الكافي 1/ 404، والجواهر الثمينة 2/ 723، والذخيرة 9/ 171.

الوديعة: هلكا قبل النزع أو النزول، وقال المودَع: بل هلكا بعد ذلك. أن في المسألة ثلاثة أقوال[1]:

أحدهما: أنه يبرأ والقول قوله.

والثاني: لا يبرأ حتى يتبين أنها هلكت بعد ذلك من غير سببه، وتقوم له على ذلك بينة.

والثالث: أنه إن أقام البينة على أنه نزل عن الدابة ـ مثلاً ـ وهي سليمة، فالقول قوله بعد ذلك أنها هلكت من غير[2] سبب ركوبه، وإن لم تقُم بينة على ردها بحالها لم يُقبل قوله. لكن المنقول في المسألة هو ما قاله ابن المواز: «فيمن استودع ثوباً أو دابة، فأقر المستودع بركوب الدابة ولبس الثوب، فهلك ذلك، فقال ربه: إنما هلك بيدك قبل أن ترده إلى موضعه. وقال المستودع: بل بعد أن رددته. فهو مصدق مع يمينه إذا كان مقر بالفعل، وأما إن[3] لم يُقر وقامت بذلك بينة، فلا يصدق أنه ردَّ ذلك إلى موضعه إلا ببينة. قال: وهو قول أصحابنا»[4]. وقال ابن سحنون: «إذا أقر أنه لبس ثوباً وديعة عنده، أو ركب دابة وقال: هلكت بعدما نزلت عنها، فهو ضامن. قال: لأنه لمَّا ركبها ضمنها بالتعدي، ولو أقام البينة أنه نزل عنها سالمة ثم نفقت[5]، بريء من ضمانها. وقال بعض أصحابنا: وهو ضامن حتى يردها بحالها. وقال ابن سحنون: لو قال: ركبتها بإذن ربها. فأنكر ربها، فالقول قول ربها مع يمينه»[6].

قلت: مقتضى النظر أنه متعدٍّ بالتصرف، فلا يزول عنه حكم العدَاء؛ إلا بقيام البينة على أنه ردها سالمة، وإن ردها مَعِيبَةً ولم تهلك، فالحُكم التفريق في العيب بين اليسير والكثير، على ما عُلم من حكم التعدي في غير هذا

(1) ينظر: الذخيرة 9/ 171، والتاج والإكليل 5/ 259، ومواهب الجليل 5/ 256.
(2) (سببه... من غير): سقطت من «ج».
(3) (إن): سقطت من «ج».
(4) النوادر والزيادات 10/ 435، والذخيرة 9/ 178.
(5) في «ج»: (هلكت).
(6) النوادر والزيادات 10/ 435، والذخيرة 9/ 178، والتاج والإكليل 5/ 254.

الموضع، وكذلك إذا حبسها عن أسواقها بطول الركوب وإن لم تتغير في بدنها، هذا أصل المذهب.

قوله: ﴿ ومُستَسْلِف الوديعةِ إنْ كَانَ مُعدَمَاً لَمْ يَجُز اتفاقاً، وإنْ كانَ لَهُ وفَاءٌ وهي نَقْدٌ فجَائزٌ إنْ أَشهَدَ، وقيل: مَكرُوهٌ، وإنْ كَان عَرضاً لَمْ يَجُزْ اتِّفَاقاً، وإنْ كَانَ ممَّا يُكالُ أو يُوزَنُ كالطَّعَامِ فقِيلَ: كالنَّقْدِ، وقيلَ: كالعرضِ ﴾.

هذا حكم التصرف في الوديعة بالسَّلف، فأمَّا المُعدم الذي لا وفاءَ له بها، فلا شك في منعه من التسلف[1]، لِمَا اطردت العوائد به من كراهة أرباب الودائع في تسليفها، وكذلك عندي إذا كان له بها وفاء، إلا أن ذلك جملة ماله، أو يزيد ماله على الوديعة الشيء اليسير؛ لأن استخلاص الوديعة[2] من مثل هذا بعد تصرفه فيها عسير، وإنما ينبغي أن يختلف فيمن يزيد ماله على الوديعة زيادة كبيرة بحيث يمكن ردها إلى ربها بسهولة، فإذا كانت دنانير أو دراهم وعند ربها وفاء، فذكر المؤلف في جواز التسلف قولين[3]: الجواز والكراهة، والقول الثاني منهما نصَّ عليه في كتاب الوديعة من «المدونة»، ويُحتمل أن تُتأول الكراهة فيه على التحريم، وقيَّد ذلك في «العتبية» بما إذا أشهد[4]، وهذا التقييد[5] لا بد منه، وتُؤوِّل على «المدونة» من كتاب اللقطة المنع[6]. وقال عبد الملك: إن كانت مربوطة أو مختومة لم يجز، وإلَّا جاز[7]. والأصل المنع؛ لأن تسلفها تصرف في ملك الأجنبي بغير إذنه، ولا خفَاء بمنع تسلف ذوات القيم لاختلاف الأغراض[8]، وأما الطعام وذوات

---

(1) ينظر: الكافي 1/ 404، والمنتقى 5/ 279، والبيان والتحصيل 15/ 292، والجواهر الثمينة 2/ 724.

(2) (لأن استخلاص الوديعة): سقطت من «ج».

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 434، والتفريع 2/ 271، والبيان والتحصيل 15/ 292، والجواهر الثمينة 2/ 724.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 292.

(5) (هذا التقييد): سقطت من «ج».

(6) ينظر: المدونة 15/ 175.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 433، والبيان والتحصيل 15/ 292، والجواهر الثمينة 2/ 724.

(8) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 433، والمعونة ص1206، والتاج والإكليل 5/ 254.

الأمثال كالمكيل والموزون، فذكر المؤلف رحمه الله فيها قولين[1]:

أحدهما: أن حكم تسلفها كتحرير الدنانير والدراهم؛ يعني: فيجوز تسلفها أو يكره، على ما نقله في النَّقد[2]، ووجود الجواز في تسلفها عزيز؛ بل والكراهة أيضاً عزيزة الوجود، وإنما قال في «المدونة»: «إذا تسلفها وردَّها عادت على حكم الوديعة»[3]. على ما سيأتي، ولا يلزم من عودها إلى حكم الوديعة جواز الإقدام على تسلفها، وفي لزوم الكراهة من ذلك نظر؛ لاحتمال أن يقال: أن رب الوديعة يكره تسلفها ابتداء، فيحرم تسلفها لذلك، ثم إذا أراد المتسلف ردها إلى الوديعة رجعت إلى حكمها؛ لأن ربها لا يكره ذلك.

والقول الثاني: أن حكم تسلف الطعام وشبهه حكم ذوات القيم، وهذا أيضاً مُخرَّج في المذهب غير منصوص عليه، وهو تخريج صحيح، والله أعلم.

قوله: ﴿ وإِذَا تَسَلَّفَ مَا لاَ يَحْرُمُ تَسَلُّفُهُ، ثُمَّ رَدَّ مِثْلَهَا مَكَانَهَا، فَتَلِفَ المثلُ، بَرِئَ على المشهورِ، وثَالثهَا: إِنْ ردَّهَا بإِشْهَادٍ بَرِئَ، ورَابعهَا: إِنْ كَانَتْ مَنثُورَةً بَرِئَ ﴾.

قيَّد المسألة بما لا يحرم تسلفه؛ ليدخل فيه المكروه، فيخرج منه العَرض وتسلف المُعدم للعين، وفي خروج المُعدم من ذلك نظر؛ لأن ربها إنما يكره تسليفها للمعدم خشية أن لا يردها، أو يردها بعسر، فإذا ردها من غير عُسر فقد أمنت العلة التي لأجلها منع من تسلفها، والأقوال الثلاثة الأُول لمالك، والقول الرابع لابن الماجشون، وبالمشهور قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ وابن عبد الحكم، وبمقابله قال المدنيون من أصحاب مالك، وبالقول الثالث قال ابن وهب، وبالقول الرابع قال ابن حبيب[4]، وضعفه ابن يونس[5]، وفي تضعيفه نظر. وقال في كتاب «محمد»: إنما يشترط ردها بالبينة إذا تسلفها فيما

---

(1) ينظر: المنتقى 5/ 279، والجواهر الثمينة 2/ 725.

(2) في «ج»: (النقل).

(3) المدونة 15/ 159.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 435، والبيان والتحصيل 15/ 292، والمنتقى 5/ 280، وبداية المجتهد 1/ 21، والجواهر الثمينة 2/ 724.

(5) ينظر: الذخيرة 9/ 177.

قبضه من الوديعة ببينة، وما لم يُقبض ببينة فلا يحتاج في ردها إلى البينة[1].
وإذا فرعنا على المشهور، فلا يصدَّق إلا مع اليمين، قاله أشهب، وكذلك في كتاب «ابن المواز»[2]، وسكت عن ذلك في «المدونة».

فإن قلت: لم يسكت عن ذلك، ألا تراه قال فيها: فهو مصدق إن رد فيها ما أخذ منها كما يُصدق في ردها إليك وفي تلفها[3]. ومعلوم أنه لا بد من اليمين في دعوى الرد؟

قلت: إنما احتيج في دعوى الرد إلى اليمين؛ لأن المودَع حقق عليه رب الوديعة أنه لم يرد عليه ما أودعه، ورب الوديعة في مسألة السلف لا يمكنه أن يحقق عدم رد الوديعة إلى محلها، فصارت اليمين في مسألة السلف[4]، أضعف منها في المسألة الأخرى، والله أعلم.

قوله: ﴿ وإِذَا قَالَ: لا تُقْفِلِ الصُّنْدُوقَ، فأقْفَلَهُ، ضَمِنَ ﴾.

هذا الكلام مما يتعلق بالسبب الخامس من أسباب الضمان، وهذا الفرع ذكره ابن عبد الحكم، واحتج بأن الإقفال على الصندوق إطماع للسارق فيما احتوى عليه الصندوق، وحامل له على طلب ما فيه[5]. واختار بعض الشيوخ ألَّا ضمان على المودَع إذا أذن له رب الوديعة في وضعها في[6] الصندوق؛ لأن شأن السارق طلب ما في الصندوق كان عليه قفل أو لم يكن. والذي قاله ظاهر؛ إلَّا أن يقال: إن طلب السارق للصندوق المقفل، أشد من طلبه لَما لا قفْل عليه. قال ابن عبد الحكم: «ولو قال اجعلها في التابوت ولم يقل غير ذلك، لم يضمن إن قفل عليها»[7]. يريد ـ والله أعلم ـ: أن القَفل على الصندوق مأذون فيه بمقتضى العادة، حتى يصرح رب الوديعة بالنهي عنه.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 433، والمنتقى 5/ 280، والذخيرة 9/ 171.
(2) نفس المصدر والصفحة.
(3) ينظر: المدونة 15/ 47.
(4) (لا يمكنه... السلف): سقطت من «ج».
(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 431، والذخيرة 9/ 180، والتاج والإكليل 5/ 255.
(6) في «ج»: (على).
(7) النوادر والزيادات 10/ 431، والتاج والإكليل 5/ 255.

قوله: ﴿ وأقْفِلْ وَاحِداً، فَقَفَلَ[1] اثْنينِ: قَولاَنِ ﴾.

القول بالضمان مال إليه بعض الشيوخ[2]، ولا أعلمه منصوص عليه في الأمهات، والقول بنفي الضمان هو لابن عبد الحكم. قال ابن عبد الحكم: «ولو قال: اجعلها في قدْر فَخَّار. فجعلها في سطل نُحَاس فضاعت لضمنت؛ لأن السابق عينه إلى سطل النُّحاس أكثر من الفخَّار، ولو قال: اجعلها في سطل نُحاس. فجعلها في قدْر فخَّار وضاعت، لم يضمن»[3].

قوله: ﴿ وفِي كُمِّكَ، فتَرَكهَا في يدِهِ، لَمْ يَضْمَنْ ﴾.

وهذا أول الكلام على ما يتعلق بالسبب السادس من أسباب الضمان، وهو التضييع، ويحتمل أن يكون هذا الفرع من تمام الذي قبله، ومعنى كلام المؤلف رحمه الله: أنه إذا قال رب الوديعة للمودع: اجعل الوديعة في كُمِّك[4]. فأبقاها بيده، لم يضمن؛ لأنه بالغ في حفظها؛ لأن كونها في يده أصون لها من كُمه؛ إلا أن يقصد ربها إخفاءها عن عين الغاصب فيضمن؛ لأن الكُم أخفى من اليد[5].

قوله: ﴿ وفي جَيبِهِ، قَولاَنِ ﴾.

يعني: لو قال: اجعلها في كُمك. فجعلها في جيبه فضاعت، ففي ضمانه بهذه المخالفة قولان[6]، وهما خلاف حال، هل الجيب أصون لها من الكُم، أو الكُم أصون؟ والأقرب سقوط الضمان؛ لأن الجَيب أصون لها، ولا سيما في لباس أهل المغرب.

قوله: ﴿ ولوْ سَعَى بِهَا إِلى مُصَادِرٍ، ضَمِنَهَا ﴾.

يعني: أنه لو وَشَى بها إلى ظالم فإنه ضامن بسبب التضييع[7]، فإنه إنما

---

(1) في «ق»، «خ»: (فأقفله).

(2) ينظر: التاج والإكليل 5/ 256، ومواهب الجليل 5/ 256.

(3) النوادر والزيادات 10/ 431، والجواهر الثمينة 2/ 725، والذخيرة 9/ 181.

(4) الكُم من الثوب مَدْخَل اليد ومخرجها. لسان العرب 12/ 276، (كمم).

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 725.

(6) ينظر: المقدمات 2/ 266، وبداية المجتهد 2/ 261، والجواهر الثمينة 2/ 725.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة ص725، والتاج والإكليل 5/ 259.

أمسكها ليحفظها عن مثل هذا، فإذا أخبر ظالماً بها فذلك عين التضييع، وإذا قيل فيمن دلَّ غاصباً على مال رجل فغصبه أنه ضامن، فأحرى هنا؛ لأن ذلك الدَّال لم يلتزم حفظ المال، بخلاف المودَع.

قوله: ﴿ولو نَسِيهَا في موضِعِ إِيدَاعِهَا ضَمِنَهَا[1]، بِخِلافِ إنْ نَسِيهَا في كُمِّهِ فَتَقَعُ، وقيلَ: سَوَاءٌ﴾.

إذا نسيها في موضع إيداعها فقال مطرف[2] وابن الماجشون[3] كما قال المؤلف رحمه الله وأشار غير واحد من الشيوخ إلى تخريج الخلاف فيها من المسألة الثانية، وسووا بين المسألتين، وهو صحيح، والله أعلم.

قال ابن وهب في «العتبية»: ومن أودع وديعة في المسجد، فجعلها على نعْليه فذهبت، فلا ضمان عليه. قلت: ألم يضيع إذ لم يربطها؟ قال: يقول: لا خيط معي. قلت: يربطها في طرف ردائه. قال: يقول: ليس عليَّ رداء. قلت: فإن كان عليه رداء. قال: لا يضمن كان عليه رداء أو لم يكن[4]. وأشار بعض الشيوخ إلى أنه إذا جعلها على نعليه يضمن إذا كانت الوديعة يسيرة مما لا يُجعل على النَّعْل، بخلاف الكثيرة والثياب[5]، والأقرب من القولين اللذين ذكرهما المؤلف رحمه الله عدم الضمان. قال سحنون: «فيمن أودع وديعة فصرَّها في كُمه مع نفقته، ثم دخل الحمَّام فضاعت ثيابه بما فيها، إنه ضامن»[6]. وقال بعض الشيوخ: لعله إنما ضمَّنه لدخوله الحمَّام بها[7].

قوله: ﴿ومَنْ أَنزَى على بَقَرٍ وشِبهِهَا فعَطِبَتَ بهِ، أو مُتْنَ بالولادةِ، ضَمِنَهَا﴾.

يريد: إذا فعل ذلك المودَع بغير إذن ربها، والضمير المجرور بـ(الباء)

---

(1) في «ق»، «خ»: (ضمن).

(2) في «ق»: (سحنون). والأصح ما أثبتناه، على ما في البيان والتحصيل 15/ 309.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 430، والبيان والتحصيل 15/ 309، والمقدمات 2/ 266.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 3/ 308.

(5) وهو قول ابن يونس. ينظر: التاج والإكليل 5/ 256.

(6) النوادر والزيادات 10/ 430، والتاج والإكليل 5/ 256.

(7) ينظر: التاج والإكليل 5/ 256.

عائد على الإنزاء الذي دل عليه **قوله: (أنزى)**. ولو استغنى المؤلف رحمه الله بذكر الموت[1] بسبب الولادة عن ذكر العطْب بالانزاء، لكان أقرب إلى عادته في الاختصار؛ لأنه إذا كان الموت بسبب الولادة موجباً للضمان، فأحرى أن يكون الإنزاء موجباً لذلك، والله أعلم.

وخالف أشهب في مسألة الإنزاء إذا عطبت تحت الفحل، ولم ير ذلك موجباً للضمان[2]، وخالف مالك رحمه الله في مسألة الولادة؛ إلا أنه ذكرها في المرتهن إذا زوَّج الأَمَة الرهن، فماتت من[3] النفاس[4].

فإن قلت: فعلى هذا أجحف المؤلف رحمه الله في الاختصار، فترك قول أشهب مع شهرته، وترك قول مالك مع أنه مذكور في «المدونة».

قلت: أمَّا قول أشهب فيمكن أن يكون العُذر للمؤلف رحمه الله في ذلك هو أن أشهب يرى أن الإنزاء يجوز للمودع فعله. قال في كتابه: «لا شيء عليه من ذلك، لا في الإنزاء على الحيوان أو تزويج الجواري. قال: فإن نقَص ذلك كله للولادة فلا شيء عليه؛ لأن الولادة في الجواري ليس من فعله، إنما زوَّجهن فكان الحمل من غيره، فلا يضمن. قال: ولو سألني في البهائم هل ينزيها، لرأيت أن لا يدعها من الإنزاء؛ لأن ذلك مصلحة، ولم أضمنه في الجواري ما نقصهن النكاح؛ لأن ذلك النكاح لا يثبت وإن رضي به ساداتهن، ولو كان ذكوراً لم يضمن شيئاً؛ لأن للسيد أن يجيزه، فإن فسخه رجع العبد إلى حالته من غير نقص»[5]، وأما مسألة الرهن فقال في «المدونة»: وقد روي عن مالك رحمه الله فيمن رهن جارية عند رجل، فزوجها المرتهن بغير أمر صاحبها فحملت، فماتت من النفاس، إن ضمانها من الراهن. وقال ابن القاسم: ضمانها من المرتهن[6]. والأقرب أن لا فرق بين مسألتي الرهن والوديعة،

---

(1) (بذكر الموت): سقطت من «ج».

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 447، والجواهر الثمينة 2/ 725.

(3) في «خ»: (في)

(4) ينظر: المدونة 15/ 157.

(5) النوادر والزيادات 10/ 447.

(6) ينظر: المدونة 15/ 158.

وكان ينبغي للمؤلف أن يذكرها أو يُخرِّج الخلاف منها، وصوَّب بعض الشيوخ سقوط الضمان إذا ماتت من الولادة. قال: وهو المعروف من قوله: كما لو غصب حرة فزنى بها وهو غير محصن، فحملت فماتت، أنه لا يُقتل بها، وكما لو غرَّ من أَمَة، فزوَّجها على أنها حرة فماتت، لم يضمن قيمة ولدها للأب إذا غرم الأب قيمتهم لسيد أمهم. قال: وأما إذا ماتت تحت الفحْل فالصواب أن يضمن؛ لأنه لم يؤذن له في الإنزاء[1].

قلت: وحاصل هذا أنها إذا ماتت تحت الفحل[2] كان المودَع متعدياً كالمباشر، وإذا ماتت من النِّفاس كان كالمتسبب، واختلف المذهب إذا أنزى الراعي فعطبت بذلك، فضمنه ابن القاسم، ولم يضمنه غيره[3]، وانظر كلام اللخمي رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا الفصل فهو حسن، وإنما تركناه خشية الإطالة.

قوله: ﴿وإِذَا جَحَدَ أَصلَهَا، فأُقِيمتِ البيِّنَةُ لَمْ يُقبَل الرَدُّ، وَلوْ بِبيِّنةٍ عَلَى المَشْهُورِ لِتَكْذيبِهَا﴾.

هذا أول الكلام على ما يتعلق بالسبب السابع من أسباب الضمان ـ وهو جحود الوديعة ـ ومعنى هذا الكلام: أن من ادعى على غيره أنه دفع إليه وديعة، فأنكر ذلك، فأقام المدعي بينة على صحة[4] دعواه، فادعى الآخر أنه رد إليه الوديعة، لم يقبل قوله في الرد[5]، ولو أقام بينة على ذلك فهل تقبل البينة؟ في ذلك قولان، المشهور عدم قبولها[6]. فقيد **قوله: (على المشهور)**. راجع إلى الصورة الثانية لا إلى الأولى، هكذا هو المنصوص في المذهب في الصورتين، وعليه يحمل كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ولا يبعد وجود الخلاف منصوصاً عليه في الصورة الأولى، فأصول المذهب تدل على ذلك، واختار بعض الشيوخ سقوط البينة، ولا يلزم عليه ما أشار إليه المؤلف من تصحيح المشهور

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 157، والذخيرة 9/ 182.

(2) (فالصواب... تحت الفحل): سقطت من «ج».

(3) ينظر: الذخيرة 9/ 182.

(4) في «ج»: (حجة).

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 726.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 440، والجواهر الثمينة 2/ 726، والتاج والإكليل 5/ 558.

بقوله: (لتكذيبها)؛ أي: لتكذيب البينة التي شهدت له بالرد، الا ترى أن قوله أولاً: لم يودعني شيئاً. إنكار منه للرد؛ لأن الرد إنما يكون بعد الإيداع، فحيث لا إيداع فلا رد. وقال هذا الشيخ وغيره: من حُجة المودَع أن يقول: إنما أنكرت أولاً لغيبة بيِّنتي، ولا أتكلف تزكيتها[1]، وغير ذلك مما يمكنه أن يقوله[2]. وكذلك الخلاف إذا طُولِب بثمن سلعة اشتراها فأنكر الشراء، فأقام المدعي بينة بالشراء أو قبض السلعة، فأقام المدعى عليه بينة بدفع ثمن تلك[3] السلعة، هل تقبل هذه البينة أم لا؟

قوله: ﴿ولو طَلَبَهَا فتَشاحَّا، فحلفَ لاَ يُعطِيهَا الليلَةَ، ثمَّ قَالَ في الغَدِ: تَلِفَتْ قبلَ أَنْ تَلقَانِي أو بَعدَهُ، ضَمِنَ؛ إلاَّ أَنْ يَكُونَ أَخَّرَها لِعلَّةٍ﴾.

هذا الذي ذكره ابن القاسم في «العتبية» من رواية أصبغ «فمن له عند رجل وديعة فطلبه فاعتذر بشغلٍ، وأنه يركب إلى موضع كذا، فلم يقبل عذره، فتصايحا[4]، فحلف لا يعطيه ذلك الليلة، فلما كان غَدٍ قال: ذهبت. فإن **قال: (تلفت قبل أن تلقاني)**. ضمن؛ لأنه أقرّ بها»[5]. قال أصبغ[6] بإثر هذا الكلام، وبعد أن حكى الكلام، وبعد أن حكى عنه ما قاله المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بأثر هذه المسألة: «ويحلف ما علم بذهابها حين منعه»[7]. قال ابن القاسم: وإن قال: ذهبت مني بعد ما حلفت وفارقتك. ضمنها؛ لأنه منعه إياها إلا أن يكون قد كان على أمر لا يستطيع فيه أن يرجع، ويكون عليه فيه ضرر، فلا يضمن. وقال أصبغ: لا يضمن، كان عليه شغل أو لم يكن؛ إلا أن تكون في يده، أو تكون عند بابه وليس فيه فتح ولا غلق ولا أمرٌ يتم إلا برجوعه ونظره، فإن جاء بمثل هذا ضمِن؛ وإلا لم يضمن[8]. وقال محمد بن

---

(1) في «ج»: (تكذيبها).

(2) ينظر: التاج والإكليل 5/ 258.

(3) (تلك): سقطت من «خ».

(4) في «ج»: (فتشاحا).

(5) البيان والتحصيل 15/ 305.

(6) (قال أصبغ): سقطت من «ج».

(7) البيان والتحصيل 15/ 306.

(8) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 306، والجواهر الثمينة 2/ 726.

عبد الحكم: «إذا قال: أنا مشغول إلى غدٍ فرجع إليه، فقال: تلفت قبل مجيئك الأول أو بعده، فلا ضمان عليه»[1]. وإنما جلبنا هذا الكلام على ما هو عليه؛ لأن المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ قصَد إلى اختصاره ولم يوف به.

قوله: ﴿ فإنْ قَال: لاَ أَدرِي متَى تَلِفَتْ، لَمْ يَضْمَنْ ﴾.

يعني: ويحلف على ذلك، هكذا حكاه أصبغ عن ابن القاسم في جملة الكلام الذي فوق هذا، وبإثره قال أصبغ ما حكيناه فوق هذا من قوله: ويحلف ما علم بذهابها حين منعها[2].

فإن قلت: لا يخلو ضياعها ـ على تقدير أن تكون ضاعت ـ إمَّا أن يكون سابقاً على منعه ومنعه كالإقرار بها، ولا يقبل قوله أنها ضاعت بعد الإقرار بها، أو يكون متأخراً عن منعه، فيكون متعدياً بمنعه، والمتعدي ضامن.

قلت: هو حين المنع لم يكن مقراً بها، وإنما امتنع من طلبها لا من دفعها، وكان حينئذ يعتقد بقائها على ما كانت عليه، وامتناعه من طلبها كان لعذر صحيح، وعلى هذا التقدير فلا يلزمه ضمان، سواء كان ضياعها سابقاً على المنع، أو متأخراً عنه.

قوله: ﴿ ولو طَلَبَها فأَبَى حتَّى يأْتِي الحَاكِمَ، فهَلكَتْ، فإنْ كانَتْ بِغيرِ بيِّنةٍ ضَمِنَ، وقيلَ: لاَ ضَمَانَ ﴾.

يعني: وإن طلب رب الوديعة أخذها فامتنع المودَع من دفعها له إلا بأمر سلطان، فإن كان دفَع تلك الوديعة أولاً ببينة فله ذلك، ولا يضمنها إن ضاعت بعد ذلك، وإن كان دفعه لها أولاً بغير بينة، فقال ابن القاسم: يضمن إن ضاعت بعد امتناعه[3]. وكذلك قال في الرهن يطلب الراهن فكَاكَهُ، فيأبى الذي هو بيده حتى يأتي السلطان[4]. وقال ابن عبد الحكم رَحِمَهُ اللَّهُ في مسألة

(1) النوادر والزيادات 10/ 439، والبيان والتحصيل 15/ 307، والجواهر الثمينة 2/ 727.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 438، والبيان والتحصيل 15/ 307، والجواهر الثمينة 2/ 727.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 439، 440، والجواهر الثمينة 2/ 727، والذخيرة 9/ 184.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 439، والبيان والتحصيل 15/ 313.

الوديعة: «لا ضمان عليه؛ لأنه يقول: خفْت شغبه[1] وأذاه»[2].

قلت: ينبغي أن يكون معنى قول ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ الذي ضمَّنه هو: أن يكون إتيانها إلى السلطان[3] أيسر عليهما من البينة، وكذلك إذا كان قبضه أولاً للوديعة ببينة، وإلا فلا معنى للإتيان إلى السلطان، فإن الشَّغب يرتفع إذا قبضها ربها ببينة[4].

قوله: ﴿ ولو طَلَبهَا فقال: ضَاعَتْ مُنذُ سِنينَ، وكُنتُ أرجُوهَا، ولَمْ يَكُنْ يذكُر هَذا وصَاحبها حَاضِرٌ، فَلاَ ضَمَانَ، وقال أصبغ: إذَا لَمْ يُعرَفْ مِنهُ طَلَبٌ ضَمِنَهَا، وكَذَلِكَ القِرَاضُ ﴾.

أمَّا سقوط الضمان فهو قول ابن القاسم رواه عنه أصبغ في «العتبية»[5]. وقال ابن عبد الحكم في قول أصبغ ـ وهو الذي ذكره المؤلف عنه ـ: «وقاله أصحابنا[6]. قال محمد بن عبد الحكم: وانا أرى أن يحلف ولا شيء عليه»[7]. والأصل سقوط الضمان واليمين للتهمة، وهي قوية في هذا الموضع؛ لاطراد العوائد بطلب ما يتلف وإشاعته، وإنما يُذكر التثبت في ذلك والسكوت في مال الإنسان نفسه، وأما الودائع ومال الغير فالشأن إشاعة ضياعه، وقد أشار مالك إلى ذلك في الأكرية[8]. **وقوله: (وكذلك القراض)**. يحتمل أن يكون راجعاً إلى صدر المسألة، فيكون القولان منصوصين فيه، وهو الأقرب[9]، ويحتمل أن

---

(1) الشَّغْب: هو تهييج الشَّر والفتنة والخِصام. لسان العرب 1/ 504، (شغب).

(2) النوادر والزيادات 10/ 439، والبيان والتحصيل 15/ 307، والجواهر الثمينة 2/ 727، والذخيرة 9/ 143.

(3) (إلى السلطان): سقطت من «ج».

(4) في «ج»: (بغير بيّنة).

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 43، والبيان والتحصيل 15/ 349، والجواهر الثمينة 2/ 727، والذخيرة 9/ 144.

(6) في «ج»: (بعض أصحابنا).

(7) النوادر والزيادات 10/ 439، والبيان والتحصيل 15/ 310، والجواهر الثمينة 2/ 727، والذخيرة 9/ 144.

(8) ينظر: المدونة 11/ 392.

(9) ينظر: المدونة 15/ 148، والبيان والتحصيل 15/ 309، والجواهر الثمينة 2/ 727، والذخيرة 9/ 187.

يكون من تمام قول أصبغ[1]، فيتخرج فيه قول ابن القاسم، ولم أقف على هذه الزيادة في الروايات في كتب متقدمي الشيوخ؛ لكني لم أبالغ في البحث عنها.

قوله: ﴿ وإذَا ادَّعَى الرَدَّ قُبِلَ مُطلَقاً، وقيل: مَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ مَقصُودةُ التَّوثُّقِ فتلزَمُهُ، بِخِلافِ التَّلفِ ﴾.

يريد[2]: إذا طُولب المودَع برد الوديعة إلى ربها، فادعى أنها ردها إليه قبل ذلك، فإن لم يقبضها ببينة فالقول قول المودَع[3]، وإن قبضها ببينة فهل يُقبل قوله في ذلك؟ ذكر المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ قولين[4]:

أحدهما: قبوله.

والثاني: عدم قبوله.

وهذا الثاني هو مذهب «المدونة»[5] وغيرها، وهو المعروف، والقول الأول شاذ، على نظر في صحة نسبته إلى المذهب، ومعنى كون البينة على هذا القول مقصودة التوثق هو: أن يقصد إلى دفع الوديعة بحضرتهم، إلا أن يكون حضورهم أمراً اتفاقياً، بحيث لو لم يحضروا دفَع الوديعة للمودع من غير بينة[6]. قال اللخمي: وكما لو كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته، أو قال المودَع: أخاف أن تقول: هي سلَف، فَاشْهَد لي أنها وديعة. أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض، فيكون القول قوله في ردها بغير بينة[7]. وقد وقع في المذهب اضطراب كثير في الوكيل على قبض ديون وشبهها، يدعي أنه أوصل ذلك إلى موكله، ومذهب «المدونة» قبول

---

(1) نسب ابن شاس هذا القول لأصبغ. ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 727.

(2) في «ج»: (يعني).

(3) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 120، والتفريع 2/ 270، والكافي 1/ 403، والجواهر الثمينة 2/ 728.

(4) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 120، والتفريع 2/ 270، والمعونة ص1204، وبداية المجتهد 2/ 260، والجواهر الثمينة 2/ 728.

(5) ينظر: المدونة 15/ 148.

(6) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 289، والذخيرة 9/ 146.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 728، والذخيرة 9/ 146، والتاج والإكليل 5/ 264.

قول الوكيل في ذلك مع يمينه[1]. وأما قول المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ: بخلاف التلف. فهذه المخالفة إنما تتم على مذهب «المدونة»، وهو القول الثاني من القولين اللذين حكاهما المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ وأما على القول الأول، فلا مخالفة؛ لأنه قوله مقبول في الرد والتلف مطلقاً، والأصل كان ألَّا يُقبل قول المودَع في رد الوديعة إلى ربها، قبضها ببينة أو بغير بينة؛ إلا أنهم تركوا هذا الأصل في هذه المسألة؛ لأن الغالب عدم الإشهاد في الرد، إذا كان أصل قبْض الوديعة بغير بينة.

قوله: ﴿ وفِي يَمِينِهِ ثَالِثهَا المَشهُورُ: يَحْلِفُ فِي الرَدِّ ﴾.

هذا الكلام صريح[2] في أن المذهب اختلف في توجه اليمين على المودَع إذا خالفه رب الوديعة في ردها وفي ضياعها، وأن في ذلك ثلاثة أقوال[3]:

أحدها: أنه لا يحلف في المسألتين.

والثاني: أنه لا يحلف في واحدة منهما.

والثالث: وهو المشهور، أن يحلف في الرد، ولا يحلف في الضياع.

ولعل هذا الخلاف لا يوجد في غير هذا الكتاب، والذي في الكتب المشهورة: أن المودَع بخلاف في دعواه الرد، والخلاف في دعواه الضياع، وفي ذلك ثلاثة أقوال[4]: يحلف المتهم وغيره، ولا يحلفان، وقيل: يحلف؛ إلا أن يكون عدلاً، خلاف ما يقوله المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ الآن: أمَّا المتهم فيحلف باتفاق. والأقرب أن اليمين تتوجه في دعوى الرد مطلقاً، كما قدمناه، ويتوجه في دعوى الضياع بشرط التهمة.

قوله: ﴿ فإِنْ نَكلَ، فثَالِثُهَا المَشهُورُ: يحلفُ المودِعُ ﴾.

يعني: فإن نكل المودَع بـ(فتح الدَّال) فهل: يحلف المودِع بـ(كسر

---

(1) ينظر: بداية المجتهد 1/ 403.

(2) في «ج»: (خرج).

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 242، والتفريع 2/ 270، والمعونة ص1204، والذخيرة 9/ 146، وبداية المجتهد 2/ 260.

(4) ينظر: الكافي 1/ 403، والبيان والتحصيل 15/ 308، والذخيرة 9/ 146.

الدَّال) وهو رب الوديعة، في ذلك ثلاثة أقوال[1]:

أحدها: أنه لا يحلف، ولا يغرم المودَع.

والثاني: أنه لا يحلف[2]، ويغرم المودَع لنكوله.

والثالث: أنه يغرم؛ لكن بشرط حلف رب الوديعة، وهذا القول ذكر المؤلف أنه المشهور.

وهذا الخلاف موجود في يمين التهمة، هل تتوجه أو لا تتوجه، أو يفرق فيها بين المتهم وغيره؟ وحيث توجهت، هل تنقلب أوْ لَا؟ وينبغي أن لا يكون كلام المؤلف رحمه الله في القول المشهور في هذا الفرع مقيداً بدعوى الرد خاصة، ولا يتعدى إلى دعوى التلف؛ لأن هذا الفرع مبني على المسألة السابقة، وقد قدَّم أن المشهور فيها أن اليمين إنما تتوجه على المودَع في دعوى الرد لا في دعوى التلف[3]، فإذا كانت الدعوى لا تتوجه إلا في دعوى الرد، فكذلك لا يكون النُّكول عنها إلا في دعوى الرد، ولعل المؤلف رحمه الله سكت عن هذا القيد اتكالاً على فهم الناظر في كتابه.

قوله: ﴿ أمَّا المُتهَمُ، فيحلِفُ باتِّفَاقٍ ﴾.

قدمنا الكلام في المتهم وغيره[4].

قوله: ﴿ ولو قالَ: لا أدرِي أضَاعَتْ أَمْ ردَدْتُهَا، فَمِثلُ رَدَدتُها ﴾.

هكذا ذكره أصبغ في «العتبية» وقال: «لأنه ذكر أمرين، فهو مصدق فيهما»[5].

فإن قلت: لِمَ عدَل المؤلف رحمه الله عن أن يقول: كما قاله أصبغ فلا ضمان عليه. إلى أن **قال: (فمثل رددتها)**؟

قلت: لأنه أراد أن يستظهر على ما زاده أصبغ بإثر كلامه هذا، وهو قوله:

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 442.
(2) في «ج»: (يحلف).
(3) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 308.
(4) ينظر ص250.
(5) البيان والتحصيل 15/ 311.

«إلا أن يأخذها ببينة، فلا يبرأ حتى يُقيم بينة بردها»[1]. يعني: لأنه وإن كان في كل واحد من الأمرين لا ضمان عليه؛ إلا أن يحلف في دعواه الرد على ما تقدم، فغلب حكم هذا الوجه على حكم الوجه الآخر احتياطاً أو يكون تشكُّكُه موجباً لتهمته، ولذلك ينبغي إن نكل عن هذه اليمين أن يضمن، ولا تنقلب. وقد قال عبد الله بن عبد الحكيم: «ولو قال المودَع لربها: إن كنت دفعت إليَّ شيئاً فقد ضاع ـ وقد قَبض الوديعة ببينة ـ فليس عليه إلا يمينه[2]»[3].

قوله: ﴿ولو ادَّعَى الرَدَّ علَى الوارِثِ لَمْ يُقبلْ، وكذلِكَ دَعْوى وارِثِ المُودَعِ لأنَّهُمَا لَمْ يأْتمنَاهُ كاليَتِيمِ[4]﴾.

معنى هذا الكلام أنه إن مات رب الوديعة فادعى المودَع رد الوديعة إلى وارث ربها، لم يُقبل قول المودع في الرد، وكذلك لو مات المودَع فقال وارثه: رددت الوديعة على ربها. وأنكر ربها ذلك، لم يُقبل قول الوارث[5]، وإذا كان ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللهُ هو الحكم في الصورتين معاً، فأحرى أن يكون الحُكم كذلك لو مات المودَع ورب الوديعة معاً، فادعى وارث المودَع رد الوديعة على وارث ربها، ثم ذكر المؤلف رَحِمَهُ اللهُ سبب ذلك الحكم، وهو كون مدعي الرد في المسألتين معاً ادعى الدفع لمن لم يأتمنه، وهو ظاهر. كما لا يُقبل قول الوصي في دفع المال إلى اليتيم بعد رشده؛ لأنه أيضاً غير من ائتمنه؛ بل الحُكم في مسألة الوديعة أشد منه في مسألة اليتيم؛ لأن اليتيم لو قال بعد رشده بزمن طويل: لم أقبض مالي من يد الوصي لم يكن له على الوصي سِوى اليمين، لا على ما كنا قدمناه قبل هذا[6]، وفي مسألة الوديعة لا يسقط الحق بطول الزمان[7]، والله أعلم.

---

(1) البيان والتحصيل 15/ 311، والنوادر والزيادات 10/ 440.

(2) في «ج»: (إلا البينة).

(3) النوادر والزيادات 10/ 440، والبيان والتحصيل 15/ 311، والجواهر الثمينة 2/ 728، والذخيرة 9/ 188.

(4) (قوله... كاليتيم): سقطت من «ج».

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 443، والبيان والتحصيل 15/ 289.

(6) ينظر ص142.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 443.

فإن قلت: على ماذا يعود ضمير المثنى من قوله: لأنهما لم يأتمناه.

قلت: على وارث رب الوديعة في الصورة الأولى، وعلى رب الوديعة في الصورة الثانية معاً، ولأجل هذا كان ينبغي أن يأتي بالضمير المنصوب مثنى لا مفرداً.

قوله: ﴿ وإذا قالَ: هي لأحَدكُمَا، ونَسِيتُ عيْنُهُ، تحَالَفَا وقُسِمَتْ بينهما، قال محمَّد: وعَلَيهِ الضَّمَانُ ﴾.

كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا أن الوديعة لم تزل بيد المودَع لم يدفعها إلى أحد من المدعيين، وأنه جزَم بأنها لواحد منهما، فيتحالفان ويقتسما[1]، وأن محمد بن المواز قال: «عليه ضمان مائة أخرى»[2]. وهذا كأنه متدافع؛ لأنهما إذا حلفا على ما ادعيا، وضمن لهما مائة أخرى على ما قاله محمد، فلا معنى لاقتسامهما المائة الأولى؛ بل يأخذ كل واحد منهما مائة. والمذكور في هذا الفصل مسألتان:

إحداهما: موافقة للصورة التي تكلم عليها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ وهي لابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في «العتبية» من رواية عيسى[3].

والثانية: تكلم عليها محمد رَحِمَهُ اللَّهُ وهي مخالفة لما قاله المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا، فلنأت بالمسألتين؛ ليتبين لك حكمها. قال عيسى عن ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ فيمن بيده وديعة مائة دينار، فأتى رجلان كل واحد يدعيها، ولا يدري لمن هي، قال: «تكون بينهما بعد أيمانهما، فمن نكل منهما فلا شيء له، وهي كلها لمن حلف، وأما في الدين فيغرم لكل واحد مائة»[4]. وقال في كتاب «محمد بن المواز»: «من استودع مائة، فأتى رجلان يدعيانها، فقال: رددتها إلى أحدهما. فإن لم يثبت أيهما هو، فهو ضامن لكل واحد منهما مائة؛ لأن كل واحد منهما يدعي أنه أودعه، فلم يقطع بتكذيبه، وكقوله للمودع: لا أدري

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 441، 442، والذخيرة 9/ 152، والمقدمات 2/ 466، وبداية المجتهد 2/ 261، والجواهر الثمينة 2/ 729.

(2) النوادر والزيادات 10/ 441، والبيان والتحصيل 15/ 300، والذخيرة 9/ 153.

(3) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 300.

(4) البيان والتحصيل 15/ 301.

هل أودعني! فهو كالنُّكول، فليحلف المودَع ويضمنه، وكذلك لو كانوا عشرة»[1]. فأنت ترى كيف هما مسألتان متباينتان في الصورة والمعنى؛ لأن الأولى لم يوجد فيها سِوى النسيان المختلف في كونه سبباً للتضمين، والوديعة قد بقيت بيد المودَع.

والمسألة الثانية خرجت فيها الوديعة من يده، فانضم إلى النسيان تصرف، وإنما أشار إلى الخلاف فيها محمد بن عبد الحكم؛ لأنه قال بإثر ما في كتاب «محمد»: «أما في الدَّين، فيضمن لكل واحد منهما مائة، وأما في الوديعة، فلم أره مثل الدين. قال محمد بن المواز: هما عندي سواء»[2]. زاد في كتاب الإقرار من كتابه: «ويحلف كل واحد منهما، ويحكم له بمائة، ومن نكل لم يكن له شيء، وكانت لمن حلف، فإن نكلا جميعاً[3]، لم يكن على المقر إلا مائة واحدة يقتسمها الرجلان بعد أيمانهما؛ لأنه قد أقر أن عليه مائة ثانية»[4]. قال بعد كلام: «وكذلك لو كانت المائة التي عليه ديناً فيما ذكرناه»[5]. قال سحنون: «فيمن استودع وديعة ثم مات وادعاها رجلان كل واحد لنفسه، وقال ابن الميت: لا أدري، إلا أنَّ أبي كان يذكر أنها وديعة. فلتوقف أبداً حتى يستحقها أحد بالبينة. وقال فيمن أودعه رجل مائة، وآخر خمسين، فنسي من صاحب المائة منهما، وادعى كل واحد منهما المائة: أنهما يتحالفان على المائة ثم يقتسمانها، والخمسين الباقية إذ ليس لها مدع، فأرى أن يقتسماها[6]. قال: وقال بعض أصحابنا: يغرم لكل واحد منهما مائة بعد أيمانهما»[7].

قوله: ﴿ولهُ طَلَبُ أُجْرَةِ مَوْضِعهَا دُونَ حِفْظِهَا﴾.

الأصل أن الأملاك باقية على ما هي عليه، فلا تنتقل إلا بدليل، فأمَّا

(1) النوادر والزيادات 10/ 441.
(2) نفس المصدر السابق والصفحة.
(3) في «ج»: (معاً).
(4) النوادر والزيادات 10/ 441.
(5) نفس المصدر والصفحة.
(6) (فأرى أن يقتسماها): سقطت من «ق».
(7) النوادر والزيادات 10/ 441، 442، والذخيرة 9/ 153.

أجر الحفظ، فقد اطردت العادة باطراحه، وأن المودَع لا يطلب أجراً على ذلك، وبهذا الوجه سقطت الأجرة، لا أن الحفظ لا تجوز الأجرة عليه[1]؛ لأن المذهب جواز الإجازة على الحراسة، وأما أجرة محلها، فأطلق المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ وغيره وجوب الأجرة على ذلك[2]، وعندي أنه يتقيد هذا بمن يقتضي حاله طلب الأجرة على ذلك، كما هو المذهب في رب الدابة يأذن لرجل في ركوبها، فيقول راكبها: إنما ركبتها عارية. ويقول ربها إنما كان الإذن بأجرة. فالقول قول ربها إذا كان مثله يكري الدواب، وإذا صح تقييد هذا القسم من المسألة بما قلناه، وجب مثله في القسم الآخر؛ لأن كثيراً من الناس يكري نفسه في الحراسة والحفظ، والله أعلم. وأما ما تحتاج إليه من قَفْلٍ وغلْقٍ، فقالوا على رب الوديعة[3].

قوله: ﴿ وإِذَا اسْتودعَهُ مَنْ ظَلَمَهُ بمثلها، فثَالِثها: الكَرَاهَةُ، ورَابِعهَا: الاسِتحْبابُ. وقَالَ البَاجِي: الأَظْهَرُ الإبَاحَةُ، لِحَدِيثِ هِنْدٍ ﴾.

تصور كلامه ظاهر؛ لشهرة المسألة لا من لفظه، إذ ليس فيه ما يدل على يصنعه المودَع سوى **قوله: (فثالثها الكراهة)**. فأمَّا فيما هي فلا. وأيضاً فإن المسألة عامة ليست بمقصورة على الوديعة، كما قصرها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ قال في «المدونة»: ومن لك عليه مال من وديعة أو قرض أو بيع فجحده، ثم صار له بيدك مثله بإيداع أو بيع أو غيره فلا تجحده[4]. وأما احتجاج الباجي للقول الثاني بحديث هنْد[5]، فقد يقال عليه: أن هذا الدليل لا يتناول جميع صور

---

(1) ينظر: الذخيرة 9/ 158، والمقدمات 2/ 467، وبداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 729.

(2) ينظر: بداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 729.

(3) ينظر: المدونة 15/ 157، والمقدمات 2/ 467، وبداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 729، والقوانين الفقهية 1/ 246.

(4) ينظر: المدونة 15/ 160.

(5) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف، زوجة أبو سفيان بن حرب، أسلمت يوم الفتح، وكانت من بين النساء اللائي بايعن الرسول عليه الصلاة والسلام، توفيت ـ رحمها الله تعالى ـ في خلافة عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. ينظر: طبقات ابن سعد 8/ 236، والإصابة 8/ 155. ونص الحديث على ما في صحيح مسلم: «عن عائشة قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت: =

هذه المسألة؛ لأن النفقة التي تأخذها هنْد من مال أبي سفيان هي عين ما وجب لها ولولدها، لا مثل ما وجب لها ولهم، والنزاع إنما وقع في أخذ المثل لا في أخذ العين، إذ لا خلاف في جواز أخذ العين، ووقع في بعض النسخ بإثر كلام الباجي ما نصه: وقيل: إن كان عليه ديْن فلا يأخذ إلا ما يستحقه. وأظن ذلك زيادة ممن أراد أن يستدرك على المؤلف رَحِمَهُ اللهُ شيئاً من الأقوال التي بقيت عليه؛ لأن إتيان المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بكلام الباجي محتجاً به لتصحيح القول الثاني، دليل على أنه قصد أن يكون ذلك في آخر الكلام، ولو أراد ذكره في وسط الكلام لأتى به بإثر القول الثاني وقبل القول الثالث، وأيضاً فعادة المؤلف رَحِمَهُ اللهُ في مثل هذا أن يقول: وخامسها. والله أعلم.

وهذا القول الخامس رواه ابن وهب عن مالك، وروى ابن نافع مثله[1]، وزاد مع ذلك: «إذا أُمِن أن يحلف كاذباً فليأخذ قدر حقه. وقال ابن عبد الحكم: لا بأس أن يأخذ وإن كان عليه ديْن، ما لم يفلس[2]»[3]. قال ابن المواز عن مالك، في ميت أوصى لصغير بدنانير ولم يشهد على ذلك إلا الوصي، فإن خفي له، دفع ذلك حتى لا يُتْبَعَ به، فله دفع ذلك دون السلطان، وكذلك لو رفعه فلم يقبل السلطان شهادته، ثم خفي له دفع ذلك، فله دفعه»[4]. والله أعلم.

= يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك». صحيح مسلم 3/ 1338، باب قضية هند بنت عتبة، وصحيح البخاري 2/ 769، باب إذا لم ينفق الرجل على المرأة.

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 454.

(2) أَفْلَسَ الرجل إذا لم يبق له مالٌ، يُراد به أنه صار إلى حال يقال فيها ليس معه فَلْس. لسان العرب 6/ 166، (فلس).
والمفلس في الشرع ـ في مقياس الدنيا ـ من دينه أكثر من ماله. المطلع 1/ 254.

(3) النوادر والزيادات 10/ 454، والمقدمات 2/ 457، والتاج والإكليل 5/ 265.
ويؤيد قول ابن عبد الحكم هذا قوله: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: 193].

(4) النوادر والزيادات 10/ 455، والتاج والإكليل 5/ 266، ومواهب الجليل 5/ 398.



[كتاب العارية]

قوله: ﴿العَارِيَّة﴾.

هي مشدَّدة الياء. ويُقالُ: العَارةُ. قال الجوهري: «وكأنها منسوبة إلى العَارِ؛ لأن طلبها عَارٌ وعَيبٌ»[1]. وأُنكِرُ على الجوهري كونها[2] منسوبة إلى العَارِ؛ لأنه لو كان كذلك لقالوا: يتعيَّرون؛ لأن العَارَ عينُهُ ياءٌ، والعارية عند غيره مأخوذة من المُعَاورةِ، وهي الأخذُ والإِعطاء، يقال: هم يتعَايرونَ من جيرانهم الأواني؛ أي: يأخذون ويُعطون[3].

وقول المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في تفسير حقيقتها العرفية: ﴿تَملِيكُ منَافِعِ العَينِ مِنْ غَيرِ عوضٍ﴾.

قيل عليه: أنه غير مانع لدخول العُمْرى[4] والحبْس فيه[5]، فأما العُمْرى فلا يبعد أن يقصد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ إلى دخولها؛ لأنها نوع من أنواع العارية، ومن أراد حدَّ ماهيتها ورسمها، فلا بد أن يأتي بما يشتمل على جميع أنواعها. وأما الحبس فقد يقال: السؤال عليه لازم بسببه، وقد يقال: إن الحبس غير المعقب راجع إلى العمرى، وقد قلنا: إنه نوع من العارية، والمُعقب منه ليس بتمليك منافع في الحقيقة، وإنما هو إذن في الانتفاع خاصة. وفي الفرق بين تمليك المنافع وبين الإذن فيها كلام، وبالجملة إن

---

(1) الصحاح 2/ 175، (عور).

(2) (كونها): سقطت من «ج».

(3) ينظر: لسان العرب 4/ 681، (عور).

(4) العمرى: هي هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره، وعمر عقبه، لا هبة الرقبة. ينظر: التعريفات 1/ 203، وتحرير ألفاظ التنبيه 1/ 240.

(5) الحبس: ويسمى الوقف، وهو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بالمنافع مع بقاء العين. أنيس الفقهاء 1/ 197.

تمليك المنافع يستلزم خصوصية من مُلِّكت له، والإذن في الانتفاع لا يستلزم ذلك، فمن حبَّس على [الجدما][1] أو على قبيلة، لا يُقال أنه ملَّكهم المنافع، وإنما أذن لهم في التصرف، فمن حضر منهم جاز له الانتفاع بما أذن له، معيَّناً كان أو غير معيَّن، ولو كان الحاضر معيَّناً ثم طرأ من يشاركه، دخل معه في الانتفاع[2].

قوله: ﴿وَهي مندُوبٌ إِلَيْهَا﴾.

لمَّا قدَّم رسْمها، أخذ يتحدث[3] في حكمها، وهو الندب[4] بحسب المُعير، ولا شك أنها من فعل الخير، فيتناولها قوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ﴾ [الحج: 75][5] واختلف المفسرون في قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ [الماعون: 6] هل معناه ذم من منع عارية مثل الفأس وشبهه، أو هي في الزكاة، إلى غير ذلك مما قيل في معنى الآية[6]. وخرَّج البخاري[7] عن أيمن الحبشي[8] قال: دخلت على عائشة وعليها درْع قُطْنٍ ثمن خمسة الدراهم، فقالت: ارفع بصرك إلى جاريتي، انظر إليها، فإنها تَزْهى أن تلبسه في البيت،

---

(1) كذا في جميع النسخ.

(2) (بما أذن له... الانتفاع): سقطت من «ق».

(3) في «ج»: (يتكلم).

(4) ينظر: المدونة 4/ 360، والتفريع 2/ 267، والكافي 1/ 407.

(5) الآية سقطت من «ج».

(6) ينظر: جامع البيان للطبري 30/ 315، وأحكام القرآن للجصاص 5/ 375، وتفسير القرآن العظيم لابن كثير 4/ 557.

(7) هو الحافظ الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، نسبة إلى بلدة بخارى، أحد مدن ما وراء النهر. له مؤلفات عدة من أبرزها كتابه: «الجامع الصحيح»، الذي قيل عنه أصح كتاب بعد كتاب الله، صنفه في ستة عشر سنة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (256هـ) بسمرقند. ينظر: سير أعلام النبلاء 14/ 50، وتهذيب الأسماء واللغات 1/ 86، طبقات الحفاظ 1/ 252.

(8) هو أيمن الحبشي المكي، مولى ابن أبي عمرو، المكي المخزومي، من أهل مكة، روى عن عائشة وجابر وسعد بن أبي وقاص، وروى عنه ولده عبد الواحد، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (118هـ). ينظر: التاريخ الكبير 2/ 25، ومعجم الصحابة 1/ 53، وتقريب التهذيب 1/ 423.

وقد كان لي منهن دِرْع على عهد رسول الله ﷺ فما كانت امرأة تُقيَّن[1] بالمدينة إلا أرسلت إليَّ تستعيره[2]. وسيأتي إن شاء الله ـ تعالى ـ حديث صفوان وغيره.

قوله: ﴿المُعِيرُ: مَالكٌ للمَنفَعةِ، غيرَ مَحجُورٍ عَليهِ﴾.

يعني: أنه يُشترط في المُعير مجموع وصفين[3]:

أحدهما: أن يكون مالكاً للمنفعة بأي أنواع الملك كان، سواء كان مالكاً لرقبة تلك المنفعة أو لا.

والثاني: أن يكون فيه أهلية التبرع على غيره، وهو مراد المؤلف رحمه الله من **قوله**: **(غير محجور عليه)**.

فإذا حصل مجموع هذين الوصفين، كان ذلك سبباً لأن تصح العارية ممن ذكره في:

قوله: ﴿فَتَصِحُ مِن المُستَعِيرِ والمُستأْجِرِ﴾.

ولذلك أدخل الفاء المُشعرة بالسببية على **قوله**: **(تصح)**. وقد منع بعض الأئمة عارية المستعير[4]، ولبعض شيوخ المذهب رُكون إلى ذلك[5]، قال: لأن المستعير لم يحصل له ملك المنفعة حقيقة، وإنما حصل له الإذن في التصرف على وجه ما، ورأى أن الإذن في التصرف أعم من ملك المنفعة[6]، الذي هو شرط صحة العارية، والأعم لا يستلزم الأخص بعينه، وفيه نظر.

فإن قلت: هل يتخرَّج خلاف في المذهب في جواز عارية الثوب المستعار من الخلاف في جواز إجارته ممن استأجره، وكذلك من اكترى دابة

---

(1) التقيين: التزيين، ومعنى (تُقيَّن) هنا أي: تُزيَّن لزفافها. ينظر النهاية في غريب الحديث 4/ 135.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه 2/ 926، باب الاستعارة للعروس عند البناء.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 731، ومختصر خليل 1/ 227.

(4) ينظر: المغني لابن قدامة 5/ 132، والكافي في فقه ابن حنبل 2/ 382، وبداية المبتدي 1/ 183.

(5) منهم ابن رشد. ينظر: بداية المجتهد 2/ 262.

(6) (حقيقة. . . المنفعة): سقطت من «ق».

ليركبها اختلف قول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في كراهة كرائها من غيره[1]، فهل يختلف في إعارته لها؟

قلت: التخريج صحيح.

قوله: ﴿المُستَعِيرُ: أهْلٌ للتَّبرُّعِ عليهِ﴾.

يريد: أنه يشترط في المستعير أن يكون أهلاً لأن يتبرع عليه بالمستعار بخصوصيته[2]، فقد يعرض مانع شرعي لبعض الناس من التصرف في بعض الأعيان، كما عرض في:

قوله: ﴿فلا يُعَارُ ذِمِّيٌّ مُسْلماً﴾.

لأن إذلال المُسلم للكافر مُحرم، فكذلك إعارته له؛ لاستلزامها ذلك[3]، وأدخل أيضاً الفاء التي للسببية للوجه الذي قدمنا فوق هذا، وفي معنى ذلك إعارة[4] آلات الحرب في زمن الفتنة، والمُثل في هذا الوجه كثيرة. ولا خفاء أن **قول المؤلف** رَحِمَهُ اللَّهُ هنا: **(المستعير)**. وقوله فوق هذا **(المعير)**. إنما يريد به: من حصل له وصف الإعارة أو الاستعارة شرعاً لا مطلقاً، ولذلك صحَّ رفع **قوله: (مالك المنفعة غير محجور عليه)**. على أنهما خبران للمبتدأ في الكلام الأول، وصحَّ رفع **قوله: (أهلٌ للتبرع)**. في الكلام الثاني، على طريق الخبر أيضاً.

قوله: ﴿المُستَعَارُ: مَنْفَعَةٌ مَعَ بَقَاءِ العَينِ، فالأَطْعِمَةُ والنُّقُودُ قَرْضٌ﴾.

يعني: أن المستعار إنما هو المنفعة لا الذات ـ كما تقدم في رسم العارية ـ فإذا استلزم الانتفاع ذهاب العين، خرجت العارية عن حقيقتها وصارت حقيقة أخرى وهي القرض[5].

---

(1) ينظر: المدونة 11/ 477.
(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 731.
(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 731، ومختصر خليل 1/ 227، وحاشية العدوي 2/ 356، والتاج والإكليل 5/ 569.
(4) (إعارة): سقطت من «ج».
(5) ينظر: المقدمات 2/ 374، وبداية المجتهد 2/ 474، والقوانين الفقهية 2/ 245، وحاشية العدوي 2/ 356.

فإن قلت: المستعار إنما هو الذات للانتفاع بها.

قلت: لا نسلم؛ بل المستعار إنما هو المنفعة؛ ولكن إن أمكن حصول الانتفاع مع بقاء الذات كانت عارية حقيقة، وإلا عادت قرضاً، وهذا ظاهر من رسم المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث **قال: (تمليك منافع العين)**. فإن المُملَّك في العواري إنما هو المنافع لا الأعيان، ولمَّا فات هذا الوصف من الأطعمة والدنانير والدراهم وشبهها من الفلوس. **قال المؤلف** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **(فالأطعمة والنقود قرض)**. وكان هذا الكلام في قوة قوله: فالأطعمة والنقود لا تصح فيها حقيقة العارية. وإنما يُتصور فيها حقيقة أخرى وهي القرض. قال بعض الشيوخ: وتصح عاريتها لمن لا يتصرف فيها بإتلاف أعيانها، كالصَّيْرَفِي[1] يجعلها ظاهرة عنده ليراها الناس، فيظنون أنه كثير المال، ويرغبون في التصريف منه، وشبه ذلك[2].

قوله: ﴿ وأَنْ تكُون المنْفَعَةُ مُباحَةً، فَلا تُستَعَارُ الجَارِيةُ للاسْتمتَاعِ ﴾.

لا يريد أنها مباحة في[3] جنسها، فإن ذلك شرط في صحة ملك المُعير لها لا في صحة عاريتها بخصوصيتها، وإنما يريد كون تلك المنفعة مباحة للمستعير، ولهذا منعت عارية الجارية لمن يستمتع بها[4]، خلافاً لعطار رَحِمَهُ ٱللَّهُ[5] الذي أجاز ذلك، وقد بالغ أهل المذهب في المنع من ذلك، حتى منعوا من قرْض الجواري المؤدي إلى عارية الفُروج ـ على ما هو في محله[6] ـ فلذلك **قال المؤلف** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **(لا تستعار الجارية للاستمتاع)**.

قوله: ﴿ ويُكرَهُ أَنْ يُخدِمَها لغَيرِ المَحْرَمِ والنِّسَاءِ والصِّبيانِ ﴾.

لـمَّا قدَّم أنه من شرط المستعار أن يكون منفعة مباحة، واستخدام

---

(1) الصَّيْرَفِيُّ: الصَّرَّافُ أو النَّقاد، والجمع صيارفة. ينظر: لسان العرب 9/ 190، (صرف).

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 731، والذخيرة 6/ 168، والتاج والإكليل 5/ 269.

(3) (فلا تستعار... مباحة في): سقطت من «ج».

(4) ينظر: المقدمات 2/ 274، وبداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 732، والقوانين الفقهية 1/ 545.

(5) هو عمر بن محمد التميمي المشهور بالعطار، له تعليق على المدونة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (427هـ). ينظر: شجرة النور ص107.

(6) ينظر: المقدمات 2/ 274، وبداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 732.

الأجنبية مباح من حيث الجملة، أشار هنا إلى ما يعرض له فيُخرِجه إلى الكراهة، وهو أن استخدام الأجنبية مؤدٍّ إلى الخَلْوة بها، والخلوة بالأجنبية منهي عنها؛ لقوله ﷺ: «مَنْ كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلُون بامرأة ليس بينه وبينها مَحْرم»[1]. ولأجل ما عُرض من الخلوة المُحرمة، منع من الاستخدام الذي هو قدر مشترك بين العارية والإجارة، فليس هذا مانعاً من العارية بخصوصيتها؛ بل هو مانع من الإجارة والعارية معاً، وكذلك ما قدمه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في عارية النقود، يدخل مثله في إجارتها؛ بل أشد، وهو سلف جَرَّ منفعة، ودلَّ كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بالالتزام على أنه لا بأس باستخدام الجارية للمَحْرم والنِّساء والصبيان؛ لانتفاء المانع في ذلك[2].

قوله: ﴿ولا يجُوزُ استخْدامُ أَحَدُ الأبَوَينِ بالعَارِيَةِ، وتكُونُ المَنافِعُ لهُما﴾.

يعني: أن الأب المملوك والأم المملوكة لا تجوز إعارتهما، ولا إعارة أحدهما من ولده؛ لأن الاستخدام من توابع الملك، فمن لا يجوز له التملُّك، لا يجوز له الاستخدام[3]، هكذا قاله بعض الشيوخ: ولكنه لم يقْصر ذلك على الأبوين؛ بل كلامه ظاهر في تناول هذا الحكم في القرابة التي تمنع من الملك، فلا يجوز على هذا استخدام الأب والجد والولد والحفيد ولا الأخ أخاه، واستدل هذا الشيخ على ذلك بقول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ فيمن عجَّل عِتْق عبده على أن يخدمه شهراً أن الخدمة ساقطة. قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: لأنها بقية رقٍّ، بخلاف أن يجعل عليه دراهم[4].

فإن قلت: هل تلحق الإجارة بالعارية في هذا الحكم[5].

قلت: ذلك مُحتمل. وقد قال في «المدونة»: ولا بأس ان يؤاجر الرجل

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه 2/ 978، باب سفر المرأة مع محرم.
(2) ينظر: بداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 732، والتاج والإكليل 5/ 269، والقوانين الفقهية 1/ 245.
(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 732.
(4) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 227، 228.
(5) (قوله... الحكم): سقطت من «ج».

أخته أو أُمه أو ذات رَحِم على رضاع ولده[1]. وانظر أيضاً لو كان الأبوان غير مملوكين؛ إلا أنهما أجَّرا أنفسهما من أجنبي، فأعارهما ذلك الأجنبي من ولدهما في مدة الإجارة.

قوله: ﴿ وتَحْصلُ بِمَا يَدُلُّ علَى معنَاهَا ﴾.

يعني: أن العارية ليس لها صيغة تخصها؛ بل كل ما يفهم منه معناها الذي هو تمليك المنافع كافٍ في تحصيلها[2]، والإشارة من الأخرس تتنزل منزلة الصيغة من غيره[3].

قوله: ﴿ ولو قالَ: أعنِّي بغُلامِكَ أو ثَورِكَ يَوماً، وأُعينُكَ بِغُلامِي أو ثورِي يَوماً فَإِجارةٌ، أجَازَها ابنُ القاسم ورآهُ مِن الرِّفْقِ ﴾.

يريد أن المُعتمد عليه إنما هو المعاني إذا فهمها المتخاطبون[4]، ولا يُلتفت إلى الألفاظ، لا في العارية ولا في الإجارة، ألا ترى أنه لو قال أحدهما لصاحبه: أعنِّي بغلامك أو ثورِك الكلام إلى آخره، فإن ابن القاسم حمل ذلك على المعنى وهو الإجارة[5]؛ لأنهما قصدا إلى المعاوضة فيما تعاونا فيه، ولم يحمل ذلك على ما دلَّ اللفظ عليه من الإعارة، مع أنهما صرحا بلفظ: **(أعنِّي)**. الذي هو بعيد من لفظ الإجارة، وينبغي أن يكون ما يقع به التعاون فيه بينهما معلوماً، سواء كان من نوع واحد كالحصاد، أو كان من نوعين كالحصاد والبناء، وأن يكون زمان العمل قريباً من عقد هذه الإجارة، فلا يجوز: أعنِّي بعبدك غداً، على أن أعينك بعبدي بعد شهر؛ لأنه نَقْد في منافع معيَّن يتأخر قبضها.

فإن قلت: إذا أخرجت هذه المسألة من جميع وجوهها على حكم الإجارة، ومنعت من الغرَر في العمل وفي زمنه، فأين الرِّفق الذي ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في **قوله: (ورآه من الرفق)**؟

---

(1) ينظر: المدونة 11/ 447.

(2) ينظر: بداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 733، والقوانين الفقهية 1/ 245.

(3) ينظر: كفاية الطالب 2/ 356، وحاشية العدوي 2/ 356.

(4) في «ج»: (المخاطبون).

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 466، والجواهر الثمينة 2/ 732، والتاج والإكليل 5/ 269.

قلت: لعله في المتقدم من الغلامين، وأن هذا العقْد جائزٌ وإنْ لم يسميا ولا تفاهما أيُّ الغلامين يكون عمله أولاً.

قوله: ﴿ الضَّمَانُ ﴾.

لمَّا قدَّم الكلام على حقيقة العارية وحكمها وأركانها، أخذ يتكلم على عوارضها، فبدأ بالضمان وأحكامه.

فقال: ﴿ إنْ كَانَ مِمَّا لاَ يُغَابُ عَليهِ لَمْ يَضْمَنْ؛ إلاَّ أَنْ يَظْهَرَ كَذِبُهُ، وإنْ كَانتْ ممَّا يُغَابُ عَليهِ ضَمِنَ؛ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ علَى تَلَفِهِ. قال أشْهبُ: ولوْ قامَتْ ﴾.

يعني: أن المستعير إذا لم يردَّ العارية، وقال: إنها تلفت. فلا يخلو: إمَّا أن تكون مما لا يغاب عليه كالحيوان، فلا ضمان عليه ما لم يظهر كذبه فيضمن[1]، أو تكون مما يغاب عليه كالثياب، فإن لم يُعلم هلاكها إلا بقوله ضمنها[2]، وإن عُلم بالبينة وكان من غير سببه فقولان[3]: قال ابن القاسم بنفي[4] الضمان ورواه عن مالك رَحِمَهُ اللهُ وقاله محمد بن عبد الحكم وأصبغ. وقال أشهب بإثباته ورواه عن مالك. وقال الشافعي: العارية مطلقاً مضمونة[5]. وقال أبو حنيفة: هي أمانة غير مضمونة[6]. وذكَر الشيخ أبو إسحاق بن شعبان عن مالك رَحِمَهُ اللهُ: أن المستعير لا يصدق في ذهاب ما لا يغاب عليه من العواري. وقيل: لا يصدق فيما صَغُر من الحيوان؛ لأنه يخفى إذا غُيِّب عليه[7]. وليس في الأحاديث الصحيحة بيان لحكم الضمان صريحاً،

---

(1) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 120، والمعونة ص1208، والتمهيد 12/ 38، والمقدمات 2/ 471، والجواهر الثمينة 2/ 732.

(2) ينظر: المدونة 15/ 163، والرسالة 1/ 120، والتفريع 2/ 268، والتمهيد 12/ 38، والكافي 1/ 407.

(3) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 231، والتفريع 2/ 268، والمعونة ص1208، 1209، والتمهيد 12/ 38، والكافي 1/ 407، وبداية المجتهد 2/ 263، والمقدمات 2/ 471.

(4) في «ج»: (ينبغي).

(5) ينظر: الأم 6/ 18، والمهذب 1/ 336.

(6) ينظر: بدائع الصنائع 6/ 217، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 185، وبداية المبتدي 1/ 183، وتحفة الفقهاء 3/ 177، والهداية شرح البداية 3/ 220.

(7) ينظر: المقدمات 2/ 471.

وقد تجاذب العلماء الألفاظ الواقعة في الصحيح، وقوى بعضهم ما فهمه بما وقع في غير الصحيح، وروى أبو داود عن يعلى بن أمية[1] قال: قال لي رسول الله ﷺ: «إذا أتتك رسلي، فادفع إليهم ثلاثين درعاً وثلاثين بعيراً، فقلت: يا رسول الله، أعارية مضمونة أو عارية مؤداة؟ قال: بل مؤداة»[2]. وروى النَّسَائي[3] عن صفوان بن أمية[4] أن رسول الله ﷺ استعار أدْرُعاً يوم حُنين، فقال: أغصْباً يا رسول الله؟ قال: بل عارية مضمونة. قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضْمنها له. قال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب»[5]. قال عبد الحق: وحديث صفوان أصح.

وخرَّج الدارقطني[6] عن عمرو بن شعيب[7] عن أبيه عن جده عن

---

(1) يعلى بن أمية بن أبي عبيدة التميمي المكي، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه، روى عدة أحاديث في الصحيحين، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (38هـ) بصفين. ينظر: طبقات ابن سعد 5/ 456، والاستيعاب 4/ 1585، والإصابة 6/ 685.

(2) أخرجه أبو داود في سننه 3/ 297، باب تضمين العارية، والترمذي في سننه 3/ 565، باب ما جاء في أن العارية مؤداة. وقال: حديث حسن غريب.

(3) هو الإمام العلامة الحافظ عبد الرحمٰن بن شعيب النَّسَائي، صاحب كتاب «المجتبى»، المشهور بـ«سنن النسائي»، والذي يعده علماء الحديث أقل كتب السنن حديثاً ضعيفاً ورجلاً مجروحاً، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (303هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 14/ 125، تقريب التهذيب 1/ 80، وطبقات الحفاظ 1/ 306.

(4) صفوان بن أمية بن خلف الجمحي القرشي، أسلم بعد الفتح، وهو من المؤلفة قلوبهم، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (42هـ). ينظر: التاريخ الكبير 4/ 304، ومعجم الصحابة 2/ 11، والاستيعاب 2/ 718.

(5) لم أعثر على الحديث في سنن النسائي، والحديث أخرجه الدارقطني في سننه 3/ 39، حديث رقم (161). ورواه البيهقي من حديث جعفر بن محمد بن أمية بن صفوان مرسلاً، وبيّن أن الأدراع كانت ثمانين، ورواه الحاكم من حديث جابر وذكر أنها مائة درع وما يصلحها، أخرجه في أول المناقب وأعلَّ ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث، وزاد ابن حزم: إن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية، يعني الذي رواه أبو داود. تلخيص الحبير 3/ 52.

(6) هو الإمام المحدث أبو الحسن علي بن عمر البغدادي الدارقطني، نسبة إلى دار القطن، محلة كبيرة ببغداد. من مؤلفاته: كتاب «السنن»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (385هـ) ببغداد. ينظر: طبقات الحفاظ 1/ 393.

(7) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن العاص السهمي، حدث عن أبيه =

النبي ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المُغل[1] ضمان، ولا على المستودع غير المُغلّ ضمان»[2]. قال عمرو بن شعيب: في هذا الإسناد رجلان ضعيفان. والنفس أميل إلى مذهب الشافعي رحمه الله لأنه أسعد بالحديث في هذه المسألة. فإذا فرَّعنا على المشهور من المذهب، فقال اللخمي: «لا يضمن الدابة، ويضمن سرْجها ولجامَها[3]، ولا يضمن العبد ولا ما عليه من كِسْوة؛ لأن العبد حائز لما عليه»[4]. وللخمي غيره في التفريع على المشهور كلام هو داخل في كلام المؤلف حيث **قال: (إلا أن يظهر كذبه)**.

قوله: ﴿ ومَا عُلِمَ أَنَّهُ بِغيرِ سَبَبِهِ كالسُّوسِ فِي الثَّوبِ، يَحِلِفُ أَنَّهُ مَا أَرَادَ فسَاداً، ويَبْرأُ ﴾.

لا يكفي حلفه على عدم إرادة الفساد؛ بل ويزيد فيه وما ضيَّع[5]. وساوى بعضهم بين الفأر والسُّوس في الحُكم على الوجه الذي ذكره المؤلف رحمه الله، وساوى اللخمي بينهما في الضمان. قال: لأن السُّوس لا يحدث إلا عن الغفْلة عن اللباس؛ والمعير يقول: لو لبسته لم يتسوس. وقرْض الفأر لا يحدث إلا لأمر كان من اللباس يُعمل فيه طعاماً أو غيره، والحاصل أن الفأر والسُّوس لا يُعلم كونهما من غير سببه[6].

= ومجاهد وعطاء وسعيد بن المسيب وغيرهم، وروى عنه أبو حنيفة والأوزاعي وابن جريج. قال البخاري: رأيت عامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب. ينظر: تقريب التهذيب 1/ 423، وتهذيب الكمال 22/ 64، وإسعاف المبطأ 1/ 23.

(1) المُغل: الخائن. ينظر: النهاية في غريب الحديث 3/ 381.

(2) أخرجه الدارقطني في سننه 3/ 41، حديث رقم (168)، وقال: فيه عمرو وعبيدة ضعيفان. وقال ابن حبان في كتاب «الضعفاء»: عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات. ينظر: نصب الراية 4/ 115، وتلخيص الحبير 3/ 97، والدراية 2/ 181.

(3) اللِّجام: حبْلٌ أو عصاً تُدْخَل في فم الدابة وتُلْزق إلى قفاه. لسان العرب 12/ 534، (لجم).

(4) الذخيرة 6/ 204، ومواهب الجليل 5/ 270.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 733.

(6) ينظر: الذخيرة 6/ 205.

قوله: ﴿ وإِذَا اشْتَرَطَ إِسقَاطَ الضَّمَانِ فِيمَا يُضْمَنُ، أو إِثْبَاتَهُ فِيمَا لا يُضْمَنُ، فَفِي إِفَادَتِهِ: قَوْلاَنِ ﴾.

تَصوُّر كلامه ظاهر، ووجود القولين على الوجه الذي ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ عزيز؛ لكن في كتاب الرهن من «المدونة»: وإن استعرت من رجل دابة على أنها مضمونة عليك لم تضمنها، فلو رهنت بها رهناً فمصيبتها من ربها، والرَّهن فيها لا يجوز، فإن ضاع الرهن عنده ضمنه إذ لم يأخذه على الأمانة[1]. وذكَر عُقيْبها هناك مسألة الرهن التي نذكرها الآن، وكأن البابين عنده واحد في الحكم؛ لاستوائهما في أصل الضمان، فقال: «ومن ارتهن ما يغاب عليه، وشرط ألا ضمان عليه فيه وأنه مصدق، لم ينفعه شرطه، وضمن إن ادعى أنه ضاع»[2]. وظاهر هذا يقتضي أن مذهبه في العارية والرهن، عدم إفادة هذا الشرط[3]. وقال ابن حبيب عن مطرف: من استعار دابة أو اكتراها على أنه ضامن لها، فالشرط ساقط ولا يضمن؛ إلا أن يكون ربها خاف عليها من أمر يظهر، مثل طريق مَخُوفَة من لصوص أو غيرها، فيضمن في مثل هذا بالشرط إن هلكت فيما يخاف عليها، وإن هلكت في غير ذلك لم يضمن. وقال أصبغ: لا ضمان عليه بكل حال[4]. قال ابن حبيب: وبقول مطرف أقول. واختار اللخمي قول مطرف، وذكر الخلاف في المسألة بنحو ممَّا ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ إلا أنه لم يذكره كله نصاً عن المذهب؛ بل بعضه تخريج، وذكر الشيخ عن ابن القاسم، وأشهب أنه مصدَّق في تلف الثياب وشبهها[5]. والأقرب كان على أصل ابن القاسم الذي بناه على التهمة في هذا الباب، أن يُعمَل هذا الشرط؛ لأن من حُجة الراهن أن يقول: لم أشترط الضمان على المرتهن إلا لكونه عندي ممن يُتهم. والأقرب على أصل أشهب الذي جعل ضمان ما يُغَاب عليه ضمان أصالة، ألَّا يقع هذا الشرط.

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 302، 303.

(2) المدونة: 14/ 303.

(3) ينظر: الكافي 1/ 407، والبيان والتحصيل 15/ 334، والمقدمات 2/ 473.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 334، والمقدمات 2/ 473.

(5) ينظر: المقدمات 2/ 473، والذخيرة 6/ 204.

قوله: ﴿ وإذَا ادَّعَى كَسْرَ الفَأْسِ أو السَّيفِ باستعْمَالِهِ، وأحضَرَهُ، لَمْ يُقْبَلْ إلاَّ بِبيِّنَةٍ، وقيلَ: يُقْبَلُ ﴾.

القول الأول أشبه بمذهب سحنون[1]، والقول الثاني قريب من مذهب ابن القاسم في «المدونة»؛ إلا أنه شرط إنْ لم تكن ببينة، أنْ يعرف اللقاء وأنه كان معه؛ وإلَّا ضمن[2]. وقال ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ في «العتبية»: إذا استعار ثوباً أو منشاراً أو فأساً أو غيره مما يغاب عليه، فيأتي به مكسوراً يقول: نَابه ذلك فيما استعرته. أنَّه ضامن ولا يُصدَّق. وقاله ابن وهب وأشهب[3]. هذا قريب مما حكاه المؤلف رَحِمَهُ اللهُ عن القول الأول. وقال عيسى: «لا يضمن إذا ذكر ما يُشبه، ويرى أنه يصيبه ذلك في العمل، وذلك لا يخفى»[4]. وقريب من هذا ذكر ابن حبيب في السيف والفأس والصَّحْفَة[5] وما يُغاب عليه. قال: وابن القاسم يضمنه، وبقول مطرف رَحِمَهُ اللهُ أقول، والأقرب قول عيسى ومن وافقه؛ لأن المستعير قد فعل ما أُذِن له في فعله، ولم يَقُم دليل على كذبه؛ بل قام ما يصدقه[6]. قال الشيخ أبو الحسن اللخمي: وأمَّا الرَّحَى يستعيرها ليطحن عليها فيأتي بها وقد حفيت، فلا شيء عليه قولاً واحداً[7].

قوله: ﴿ ولاَ يتَعدَّى المَأذُونَ فِيهِ، فَلاَ يَزرَعُ مَا ضرَرُهُ أكثَرُ ﴾.

يعني: أن المعير إذا صرَّح بما يستعار له فلا يتعدى المُستعير ذلك[8]، ودل كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بالالتزام، على أن المستعير أن يفعل ما ضرره مساوٍ لما أُذن له فيه، ودلَّ كلامه أولاً على أن المعتمد عليه إنما هو ما يُفهم من كلام المعير عادة وإن خالف ظاهر اللفظِ، وقد قال في «المدونة»: «فيمن

---

(1) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 330، والجواهر الثمينة 2/ 734، والذخيرة 6/ 205.
(2) ينظر: المدونة 15/ 171.
(3) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 330.
(4) النوادر والزيادات 10/ 457، والبيان والتحصيل 15/ 330.
(5) الصَّحْفَة كالقصعة، والجمع صِحَافٌ، وأعظم القِصَاع الجَفْنة ثم القصْعة ثم الصَّحْفة. ينظر: لسان العرب 9/ 187، (صحف).
(6) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 330.
(7) ينظر: الذخيرة 6/ 205، ومواهب الجليل 5/ 271.
(8) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 734.

استعار دابة ليركبها حيث شاء وهو بالفسطاط، فركبها إلى الشام أو إلى إفريقية، فإن كان وجه عاريته إلى مثل ذلك فلا شيء عليه؛ وإلا ضمن. قال: والذي يسأل رجلاً أن يُسرج له دابة ليركبها في حاجته فيقول له ربها: اركبها حيث أحببت. فهذا يعلم الناس أنه لم يُسرجها له إلى الشام ولا إلى إفريقية»[1]. وكذلك إذا أعاره الأرض ليزرعها حنطة، فله أن يزرعها شعيراً؛ لأنه دون الحنطة في الضرر، وكذلك له أن يزرع ما يكون ضرره مساوياً لضرر الحنطة، وإذا أعاره إياها ليزرعها شعيراً، فليس له أن يزرعها حنطة[2].

وفي كتاب العارية من «المدونة» أيضاً: ومن استعار دابة ليحْمِل عليها حنطة فحمل عليها حجارة، فكل ما حمِل ممَّا هو أضرُّ ممَّا استعارها له فعطبت به، فهو ضامن، وإن كان مثله في الضرر لم يضمن، كحملِه عَدَساً في مكان حنطة، أو كتاناً أو قطناً في مكان بُزٍّ[3]. ظاهر هذا أنه إذا حمل عليها ما هو أضر فعطبت أنه ضامن، سواء كانت زيادة مضرته مما يعطب بسببها أو لا؛ إلا أن الشيوخ فصَّلوا ذلك فقالوا: إن كانت تلك الزيادة لا يُعطب في مثلها فعطبت الدابة، فليس لرب الدابة إلا كراء الزيادة فقط، وإن كان ذلك المزيد مما يعطب في مثله فعطبت، خُيِّر ربها: في أن يضمنه قيمة الدابة يوم تعديه ولا شيء له غير ذلك، وإن أحبَّ أن يأخذ كراء فضْل الضرر أخذه ولا شيء له غيره، ومعرفة ذلك ظاهر، وهو أن يقال: كم يساوي كراءها فيما استعارها له، فإن كان ذلك عشرة، قيل: وكم تساوي قيمة كرائها فيما تعدى فيه؟ فإن قيل: خمسة عشر، خُيِّر رب الدابة بين أن يضمنه قيمة الدابة، أو يأخذ الخمسة الزائدة على العشرة، أما إن كانت تلك الزيادة مما يعْطب في مثلها، فليس له إلا الخمسة بلا تخيير[4].

قوله: ﴿وَلَوْ أَطْلَقَ فاستعْمَالُ مِثْلها﴾.

يعني: إذا استعار شيئاً ولم يبيِّن الوجه الذي استعار من أجله، فإنه يتعين

---

(1) المدونة 15/ 162.

(2) ينظر: المدونة 11/ 538، والجواهر الثمينة 2/ 734.

(3) ينظر: المدونة 15/ 163.

(4) ينظر: التفريع 2/ 269، والكافي 1/ 407، والتاج والإكليل 5/ 270، وحاشية العدوي 2/ 358.

ذلك الوجه بمقتضى العادة، كما تتعين المسافة بالعادة[1]، وقد تقدم أن ظاهر اللفظ يترك إلى مقتضى العادة في المسألة: اركبها حيث أحببت. فحيث لا لفظ يمنع من إعمال مقتضى العادة أَوْلَى، ولذلك إذا اختلف المُعير والمُستعير فيما استعاره له ـ وذلك بعد فراغه من العمل ـ فالقول قول المُعير ما لم تكذبه العادة[2]. قال في «المدونة»: ولو استعار مُهراً فحمل عليه حِمل بَزٍّ لم يصدق أنه استعاره لذلك، وإن كان بعيراً صُدِّق[3]. وسيأتي الكلام على اختلاف المُعير والمُستعير في بقية أحكام الفصل حيث تكلم عليه المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قوله: ﴿ وهي لازِمَةٌ ﴾.

يريد: أن العارية أحد أنواع الهبة، فتلزم بالقول[4] كما تلزم الهبة بالقول، ولا يكون للواهب رجوع فيها، غير أنه يُحكي في الهبة[5] قول شاذ أنها لا تلزم بالقول[6]، وأنكر بعض الشيوخ صحة نسبته إلى المذهب[7]، فإن صح ذلك القول على المذهب، تخرَّج مثله في العارية، مع ما في بعض مسائل العارية مما يشبهه منصوصاً عليه وما يذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ من هذا المعنى بعد هذا.

قوله: ﴿ فإنْ أجَّلَهَا بمُدَّةٍ أَوْ عَمَلٍ، لَزِمَتْ إِلى انقضَائِهِ؛ وإِلاَّ فالمُعتَادُ فِي مثْلها ﴾.

لمَّا تكلم على لزوم العارية، أخذ يتكلم في القدر اللازم منها باعتبار الأمد، فقال: إن كانت محدودة بأمدٍ أو عمل كركوب الدابة إلى بلد مُعين، لزمت إلى ذلك القدَر بمقتضى ما التزمه المُعير نصاً، وإن كانت غير محدودة

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 162، والتفريع 2/ 268، والجواهر الثمينة2/ 734، ومختصر خليل 1/ 228.

(2) ينظر: المدونة 15/ 162.

(3) ينظر: المدونة 15/ 166.

(4) ينظر: المعونة ص1209، والكافي 1/ 408، وبداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 734.

(5) في «ج»: (المذهب).

(6) ينظر: الذخيرة 6/ 221.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 735.

بشيء مما ذُكِر، كمن أعار عرْصة[1] لمن يبني فيها داراً أو يغرس فيها بستاناً، فإنه يلزم من الأمد مقدار العادة التي يُعير مثل هذا المُعير من ذلك المُستعير[2]، وهذا إذا كان المُستعير قد قبَض العرْصَة وحازها من المُعير، ويدل على إرادة المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ لهذا الشرط، مقابلة كلامه هذا **بقوله** عقبه:

﴿ وفِي اللُّزُومِ قَبْلَ القَبْضِ، قولاَنِ ﴾.

فدلَّ على أن كلامه فيما قبل ذلك إذا قُبِضت العارية، إلا ما يقوله المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بعد هذا من حكايته القول الثاني: أن للمعير إخراج المستعير في المدة المعتادة ولو كان بعد القبض، والأحسن أن يلزم المعير إنفاذ العارية للمستعير في القدر الذي دلت العادة عليه، سواء قبضت أو لم تقبض؛ لأنها كالهبة على ما قدمناه[3]، وهذا هو مذهب القاضي أبو الحسن بن القصار.

قوله: ﴿ وإِذَا انقَضَتْ مُدَّةُ البِنَاءِ أَوْ الغَرْسِ، فَلَهُ دَفْعُ قيمَتِهِ مقلوعاً بَعْدَ مُحَاسَبَتِهِ بِأُجْرَةِ القَلْعِ وإِخْلاَءِ الأَرْضِ، أَوْ يَأْمرهُ بِقَلْعِهِ، فإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ، أَخَذَهُ مجَّاناً ﴾.

لا يريد **بقوله: (مدة البناء)**. هنا ما قدَّمه فوق هذا حيث **قال: (فإن أجَّلَها بمدة أو عمل)**. بل يريد ما هو أعم من تلك المدة، فيدخل في ذلك التحديد بالأجل والعمل والعادة، وكذلك يلحق بما ذكر في هذا المعنى، ما إذا أراد المستعير من قبل نفسه أن يَخْرُج ويدَع الأرض لربها قبل انقضاء المدة، فإن رب العرصة يكون مخيراً على المستعير بين أمرين[4]:

---

(1) العَرْصَة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، وتجمع على عِرَاص وَعَرَصَات. ينظر: لسان العرب 7/ 52، (عرص).

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 465، والتفريع 2/ 266، والكافي 1/ 408، وبداية المجتهد 2/ 262، والجواهر الثمينة 2/ 735، والقوانين الفقهية 1/ 246.

(3) ينظر ص270.

(4) ينظر: المدونة 15/ 165، 166، والتفريع 2/ 286، والكافي 1/ 406، وبداية المجتهد 2/ 263.

أحدهما: أن يدفع له قيمة البناء مقلوعاً. قال ابن المواز: بعد طرح أجْر القلع[1]. قال غيره: فيما يشبه هذا، أو يطرح أيضاً أجْرُ الإخلاء[2]. وأنكر ابن سهْل[3] في كتابه كلام ابن المواز هذا، واعتقد أن قيمة البناء مقلوعاً تستلزم طرح أجْر القلع؛ فلا ينبغي أن يُسقط مرة أخرى. وليس بالبيِّن، فإن تقويم البناء مقلوعاً أعمُّ من كل واحد من وجهي طرح أجر القلْع أو عدم طرحه[4]، والأعم لا يستلزم الأخص. نعم؛ إذا كان المستعير ممن يتولى القلْع بنفسه، أو يجِد من يفعل ذلك له مجاناً، لم ينبغِ أن يطرح له أجر القلع، هكذا قال بعضهم[5]، وهو ظاهر.

والأمر الثاني ـ مما يُخير فيه المعير ـ هو: أن يأمر المستعير بقلع بنائه. وهذان الأمران كما ذكر المؤلف رحمه الله مشروطان بأن يكون للبناء أو الغرس قيمة بعد قلعهما، فإن لم يكن لهما قيمة بعد القلع، كان للمعير التمسك بالبناء والغرس من غير دفع عوض[6].

قوله: ﴿ وقِيلَ: للمُعِيرِ الإِخْرَاجُ فِي المُدَّةِ المُعتَادَةِ إِذَا أَعْطَى مَا أَنْفَقَ، وقِيلَ: قِيمَةُ مَا أَنْفَقَ ﴾.

هذا القول هو مذهب «المدونة»[7]، وهو مقابل لمَا ذكره المؤلف رحمه الله في صدر المسألة حيث قال: وإلا فالمُعتادة في مثلها؛ أي: وفي لُزوم المنفعة المُعتادة التي لم تقيَّد العارية فيها بأجل، ولم تكن هي أيضاً مقيَّدة بعمل؛ كالسفر بالدابة إلى بلد معيَّن، قولان:

أحدهما: اللزوم مطلقاً، وهو الذي قدمه.

---

(1) ينظر: التاج والإكليل 5/ 300.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 735.

(3) هو القاضي أبو الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي، تفقه بأبي عبد الله بن عتاب، وغيره. له عدة مؤلفات منها: «الإعلام بنوازل الأحكام»، و«الفهرست»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (486هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 19/ 25، والديباج 1/ 181.

(4) (فلا ينبغي... عدم طرحه): سقطت من «ج».

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 735.

(6) ينظر: المدونة 15/ 165، 166، والجواهر الثمينة 2/ 735.

(7) ينظر: المدونة 15/ 165.

والثاني: هو القول الذي حكاه[1] المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هنا، وعلى هذا القول فلا يكون للمعير أن يُخْرِجَ[2] المستعير مجاناً، ولا بقيمة البناء والغرس مقلوعاً، وإنما له ذلك بعد أن يدفع إليه ما أنفق، هكذا قال في «المدونة»، وقال في موضع آخر: قيمة ما أنفق[3]. وظاهر كلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ حمل ما في «المدونة» على قولين، وهي طريقة غير واحد من الشيوخ، ومنهم مَن حمل أحد الكلامين على الآخر فقال: يعطيه ما أنفق إذا اشترى المستعير ذلك بسبب العارية، ويعطيه قيمة ما أنفق إذا كان ما أنفق في ملكه ولم يشتره. وقال بعضهم: قيمة ما أنفق إذا كان إِخرَاج المُعير للمُستعير بعد طول؛ لأن البناء قد تغيَّر، ويُعطيه ما أنفق إذا كان إخراجه بالقُرب[4]. وضعف هذا القول من غير وجه. وقال المغيرة وابن كنانة: يدفع إليه قيمة بنائه قائماً. وروي نحوه عن مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ[5]، وقد جمع بعض الشيوخ هذه المسألة مع مسألة عارية الجدار لغرس الخشب وقال: يتحصل فيها ستة أقوال[6]:

أحدها ـ قول مالك وابن القاسم رحمهما الله ـ: ليس للآذن أن يرجع إلا أن يحتاج.

الثاني ـ قول مطرف وابن الماجشون ـ: ليس له أن يرجع وإن احتاج.

الثالث ـ مذهب «المدونة» ـ: له أن يرجع وإن لم يحتج، ويدفع للمأمون له ما أنفق أو قيمته.

الرابع ـ قول أصبغ ـ: له أن يرجع إذا مضى ما يُعار إلى مثله.

الخامس ـ قولا أشهب وابن نافع ـ: الفرق بين ما تكلَّف فيه نفقة، وبين ما لم يتكلَّف فيه.

---

(1) في «ج»: (ذكره).
(2) (أن يخرج): سقطت من «ج».
(3) ينظر: المدونة 15/ 165.
(4) ينظر: الذخيرة 6/ 212.
(5) ينظر: المدونة 15/ 165، والنوادر والزيادات 10/ 464.
(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 466، والبيان والتحصيل 15/ 323.

السادس ـ قول سحنون رَحِمَهُ اللَّهُ ـ: الفرق بين غرس الخشب في الجدار، وبين الإذن في بناء العرصة.

قلت: ينبغي أن تتأمل هذه الأقوال، فبعضها لا يشك في صحة مناقضته للقول الأول، وبعضها يغلب على الظن أن يكون مسنداً للقول الأول، فلا يُعد مخالفاً له.

قوله: ﴿ وإذا تَنَازَعَا فِي العَارِيَةِ والإِجَارَةِ؛ فالقولُ قَوْلُ المَالِكِ؛ إلاَّ أَنْ يُكَذِّبَهُ العُرْفُ ﴾.

يعني: إذا اختلف المالك والمنتفع بعد انتفاعه، فقال المالك: لم آذن لك إلا بالعوض. وقال المنتفع: بل كان انتفاعي على وجه العارية. فالقول قول المالك ما لم يكذبه العرف، فإن كذبه في ذلك، كان القول قول المنتفع[1]. واعلم أن المراد بقولهم: ما لم يكذبه العُرف. ليس هو أن لا تكون عادة المالك أن يكري ما جرى بينهما النزاع فيه؛ بل مرادهم مع ذلك: أن يكون شرفه يأبى الكراء من غيره، ويأنف من مثل هذا. هذا هو معنى قول ابن القاسم وأشهب في «المدونة» في كتاب العارية[2]، وحيث قبلنا قول المالك في أنه لم يأذن إلا بعوض، فهل يكون قوله مقبولاً في مقدار ذلك العوض؟ قال في كتاب الجُعْل والإجارة: وإن ادعى رب المتاع أن الصانع عمله له باطلاً، وقال الصانع: بل بأجرة. صُدِّق الصانع فيما يشبه من الأجر، وإلا رد إلى أجر مثله[3]، وقال غيره: يحلف الصانع، ويأخذ الأقل ممَّا ادعى أو من أجْر مثله. وقال في كتاب أكرية الدور: ومن أسكنته دارك، ثم سألته الكراء، فادعى أنك أسكنته بغير كراء، فالقول قولك فيما يشبهه من الكراء مع يمينك[4]. وقال غيره: على الساكن الأكل من دعواك أو من كراء المثل بعد أيمانهما. ثم لشارحي «المدونة» على كلام ابن القاسم وغيره في هذه المسألة كلام يطول، فلنقتصر على هذا القدر.

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 172، والنوادر والزيادات 10/ 462، 463، والجواهر الثمينة 2/ 736، والقوانين الفقهية 1/ 246.

(2) ينظر: المدونة 15/ 172.

(3) ينظر: المدونة 11/ 442.

(4) ينظر: المدونة 11/ 524.

قوله: ﴿ وإِنْ اختَلَفَا فِي النِّهَايَةِ ـ فإِنْ لَمْ يَرْكَبْ[1] إِلى الأَبْعَدِ ـ بالقَولُ قولُ المَالِكِ ﴾.

يريد: إذا اتفق المالك والمستعير على العارية؛ إلا أنهما اختلفا في غاية ما أعارا إليه، فادعى المستعير مسافة بعيدة، وقال المالك مسافة دونها[2]، وكان اختلافهما قبل وصول المستعير إلى الغاية التي ادعاها، فالقول قول المالك مع يمينه[3]. هكذا وجهوا عليه اليمين في هذه المسألة وفي التي فوقها، مع أنهما من دعوى المعروف، وفي توجيهها في هذا الأصل خلاف، ولا شك في رجحان حجة المعير هنا على حجة المستعير؛ لأن المستعير يطلب إخراج شيء عن ملكه بمجرد دعواها، فإذا حلف المعير على صحة قوله[4]، خُيِّر المستعير بين الركوب إلى الغاية التي حلف إليها المُعير، أو ترك العارية[5]. قال بعضهم: وإنما يُمكَّن من قبض الدابة إذا أَمِن منه أن يذهب بها إلى الغاية التي ادعاها، فإن لم يؤمن منه ذلك، فلا تُسلم إليه إلا أن يُتوثَّق منه[6]. وفي معنى ما ذكره المؤلف، اختلافهما في مدة العارية[7]، وفي كلام المؤلف تسامح؛ لأنه يدخل تحته ما إذا ركبها إلى دون الغاية التي ادعاها المستعير، وقد زاد على الغاية التي أقر بها المعير، فيلزم أن يكون القول قول المعير ويحلف على صحة ما ادعاه. والمذهب أنه لا يُصدق إلا فيما زاد على الغاية التي وصل المستعير إليها خاصة، لا فيما زاد على الغاية التي أقر بها، مثاله: أن يعيره دابة يركبها من مصر، فيختلفان بقابس[8]، فيقول المعير إنما أعرتها إلى طرابلس، ويقول المستعير أعرتها إلى تونس، فلا يُقبل قول كل

---

(1) في «ق»، «خ»: (تركيب).

(2) (وكان اختلافهما. . . مسافة دونها): سقطت من «ج».

(3) ينظر: المدونة 15/ 166، والنوادر والزيادات 10/ 461، والبيان والتحصيل 15/ 315، والجواهر الثمينة 2/ 736، والتاج والإكليل 5/ 271.

(4) في «خ»: (دعواه).

(5) ينظر: الذخيرة 6/ 208.

(6) ينظر نفس المصدر السابق والصفحة.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 461، والبيان والتحصيل 15/ 315.

(8) قابس: مدينة جنوب تونس، تبعد على البحر ثلاثة أميال. ينظر: معجم البلدان 4/ 269.

واحد منهما على صاحبه، فيحلف المعير على صحة ما ادعاه، ويأخذ الدابة إذا كانت قائمة، ويحلف المستعير، ويسقُط عنه ضمانها إن كانت قد هلكت فيما بين طرابلس وتونس، ثم هل يسقُط عنه الكراء في القدَر الذي زاد على طرابلس[1]؟ في ذلك كلام سيأتي الآن.

قوله: ﴿ وإِنْ رَكِبَ إِليهِ، فقَالَ ابنُ القاسِمِ رَحِمَهُ اللَّهُ: القولُ قولُ المُستَعِيرِ، وقال أشْهَبُ: في طَرْحِ الضَّمَانِ لا فِي الكِرَاءِ، ويَأْخُذُ مَا بَينهمَا بِيَمِينِهِ ﴾.

يعني: وإن ركِب المستعير إلى المكان الذي ادعى أن المعير أعاره إليه، وهو في المثال السابق تونس، ثم هلكت الدابة، فاتفق ابن القاسم وأشهب وغيرهما من أهل المذهب أن القول قول المستعير في سقوط الضمان[2]، واختلفا في الكراء، فظاهر قول ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ سقوطه، وقال أشهب: الكراء لازم للمستعير فيما بين المسافتين[3]. وهو قول سحنون وابن حبيب، يَعْنون أن المستعير يحلف ليستعير عنه الضمان، ويحلف المعير ويأخذ الكراء، وما ذكره المؤلف عن ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ هنا، هو ظاهر قوله في كتاب العارية من «المدونة»[4] وفي كتاب الجُعْل. قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: ومن استأجر فسطاطاً[5] أو بساطاً أو غرائراً[6] أو آنية إلى مكة ذاهباً وراجعاً، جاز، فإن ادعى حين رجع ضياع هذه الأشياء في البدأة، صُدِّق في الضياع. قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: ويلزمه الكراء كله؛ إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع. قال: وإن كان معه قوم في سفَرٍ فشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك، وطلبه بمحضرهم، حلف وسَقَط عنه من يومئذ حصة باقي المدة. قال غيره: هو مُصدَّق في الضياع، ولا يلزمه من الأجر إلا ما قال إنه انتفع به[7]. وبهذا أخذ سحنون، وقال في قول ابن

---

(1) (ثم هل يسقط. . . على طرابلس): سقطت من «ج».

(2) ينظر: الكافي 1/ 207، والجواهر الثمينة 2/ 736.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 736.

(4) ينظر: المدونة 15/ 166.

(5) الفُسطاط: هو بيت من شعر، ويقال: فُسْطاط، وفُسْتاط، وفُسَّاطٌ. لسان العرب 7/ 371، (فسط).

(6) الغَرائِر: جمع غرارة وهي وعاء كبير. ينظر: لسان العرب 5/ 18، (غرر).

(7) ينظر: المدونة 11/ 415.

القاسم: هذه عراقية، يصدقه في الضياع ويغرمه الكراء فيما لم ينتفع به! فعورضت هاتان المسألتان، وألزم كل واحد من ابن القاسم وسحنون المناقضة من إحدى المسألتين في الأخرى، والمعارضة ظاهرة، وفي تقريرها والإتيان بالجواب عن ذلك والاعتراض عليه طول مع شهرته، فلذلك تركناه.

قوله: ﴿ وهذهِ بِعينِهَا ـ بِرسُولٍ مُوافِقٍ للمُستَعِيرِ أوْ مُخَالِفٍ ـ كَذَلِكَ ﴾.

يعني: أن حكم هذه المسألة بعينها ـ إذا انضم إليها رسول من المستعير إلى المعير فأعاره إلى مسافة ثم اختلف المعير والمستعير ـ مثل حكم هذه المسألة إذا لم يكن فيها رسول، وسواء كان الرسول مصدقاً للمعير أو مكذباً له أو مكذباً للمعير والمستعير معاً، وهذه الصورة نصَّ عليها أشهب[1]، ولابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في «المدونة» ما يقرب منها على ما يأتي. قال أشهب: «من بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة إلى بَرْقة[2] فأعاره، فركبها المستعير إلى إفريقية فعطبت، فقال المعير: إنما أعرتك إلى فلسطين، وقال الرسول: بل إلى برقة. فشهادة الرسول هاهنا لا تجوز للمستعير ولا عليه؛ لأنه إنما يشهد على فعل نفسه، ويحلف المستعير أنه ما استعارها إلا إلى برقة، ويسقُط عنه الضمان، ويحلف رب الدابة أنه ما أعاره إلا إلى فلسطين، ويكون له على المستعير فضل ما بين كراء برقة[3] على كراء فلسطين»[4]. وقال ابن القاسم في «المدونة»: من بعث رسولاً إلى رجل يعيره دابة إلى برقة، فقال: يسألك فلان أن تُعيرَه إلى فلسطين. فأعاره، فركبها المستعير إلى برقة ولا يُدرى، فعطبت، فإن أقر الرسول بالكذب ضمنها، وإن قال: بذلك أمرني. وأكذبه المستعير، فلا يكون الرسول شاهداً؛ لأنه خصْم[5]. وتمت المسألة هاهنا في أكثر الروايات، وزاد في كتاب «أبي محمد» بإثر هذا: والمستعير ضامن؛ إلا أن

---

(1) ينظر: البيان والتحصيل 15/ 333، والنوادر والزيادات 10/ 462.

(2) برقة: بفتح أوله والقاف، اسم صقع كبير يشتمل على مدن وقرى بين الإسكندرية وإفريقية، وهي الآن المنطقة الشرقية للساحل الليبي. ينظر: معجم البلدان 1/ 388.

(3) (ويسقط... كراء برقة»: سقطت من «ج».

(4) النوادر والزيادات 10/ 462، والجواهر الثمينة 2/ 736، والذخيرة 6/ 736.

(5) ينظر: المدونة 15/ 171، 172.

يأتي ببينة أنه أمره إلى برقة[1]. فأوجبت هذه الزيادة إشكالاً على ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ لأنه وافق اشهب على سقوط الضمان في المسألة السابقة، وخالفه في هذه، وعلى هذا لا تكون هذه المسألة[2] موافقة للمسألة السابقة في الحكم، ثم لبعض الشيوخ كلام في الفرق بين المسألتين، ولغيره اعتراض على ذلك الفرق، ولنا كلام على ذلك الاعتراض تركنا ذلك خشية الإطالة.

قوله: ﴿وإِذَا تَنَازَعَا فِي رَدِّهَا، فالقَولُ قولُ المُعِير فِيمَا لاَ يُصدِّقُ المُسْتَعِيرُ فِي تَلَفِهِ﴾.

يعني: إذا قال المستعير: رددت العارية إلى المعير. وأنكر المعير ذلك، فالقول قول المعير فيما يغاب عليه؛ لأنه هو الشيء الذي يُصدق المستعير في تلفه، ويكون القول قول المستعير فيما لا يغاب عليه[3]؛ لأنه يُصدَّق المستعير في ضياعه[4]، والحاصل أن دعوى المستعير الرد كدعواه الضياع، وكأنهم عدُّوا تصديقه في دعوى الضياع قرينة في تصديقه في الرد؛ لأنه لو كان كاذباً في الرد لأمكنه[5] أن يفِر إلى دعوى الضياع، وقد علمت أن هذه القرينة ضعيفة في الوديعة، ألا ترى أنه قد لا يُقبل قول المودَع في الرد مع أنه يُقبل في الضياع[6]. قال محمد فيها: لا يُقبل قول المستعير في رده، سواء قبضه ببينة أو بغير بيّنة[7]. وخرَّج اللخمي قولاً بقبول قول المستعير في ذلك إذا قبض بغير بيّنة، من قول عبد الملك في الصانع يدّعي رد المصنوع إلى ربه وقد قبضه منه بغير بيّنة، أنه يُقبل قوله في ذلك، فكذلك المستعير[8].

تم كتاب العارية بحمد الله وحسن عونه، وصلى الله على محمد وآله[9].

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 737، والذخيرة 6/ 207، 208.

(2) (لا تكون هذه المسألة): سقطت من «ج».

(3) (لأنه هو الشيء... لا يغاب عليه): سقطت من «ج».

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 463، والجواهر الثمينة 2/ 77، والقوانين الفقهية 1/ 264.

(5) في «ج»: (لما أمكنه).

(6) ينظر ص250.

(7) الجواهر الثمينة 2/ 737، والتاج والإكليل 5/ 271.

(8) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 463، والذخيرة 6/ 209، 210.

(9) هنا ينتهي الجزء الرابع من نسخة مكتبة كلية القرويين المشار إليها بالرمز (ق). =



[كتاب الغصب]

قال الجوهري: «الغصب أخذ الشيء ظلماً، تقول: غَصَبَهُ منه، وغَصَبَه عليه، بمعنى واحد، والاغتصاب مثله، والشيء غَصْبٌ ومَغصوبٌ»[1]. هذا تفسيره لغة. وأما تفسيره اصطلاحاً:

فقال المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ: ﴿ **أَخْذُ المَالِ قَهْراً، عُدوَاناً مِن غَيرِ حرَابَةٍ** ﴾.

فقوله: (أخذُ المال)؛ كالجنس لهذا الرسم، يدخل تحته الغصب وغيره؛ كأخذ الإنسان مال نفسه من تحت يد المودَع وغيره، وأخذ المشتري المبيع من يد بائعه، وأخذ البائع الثمن من يد المشتري، إلى غير ذلك من الأنواع الداخلة تحت هذا الجنس. **وقوله: (قَهْراً)**. ليُخرج به ما أُخِذَ على سبيل الاختيار من دافعه. **وقوله: (عدواناً)**. ليُخرج به ما يتناوله الإنسان من ماله من يد المتعدي والغاصب إذا أخَذ منهما الشيء المغصوب أو المتعدى فيه وشبه ذلك. **قوله: (من غير حرابة)**. ليُخرج به ما أخذه المحارب، فإن الأوصاف السابقة تَصْدُق على المُحارب، والحرَابة غير الغصب من غير شك؛ لاختلاف أحكامها إجماعاً من حيث الجملة. قال في «المدونة»: وليس كل غاصب مُحارب؛ لأن السلطان يغصب فلا يُعدُّ مُحارباً. والمُحارب القاطع للطريق، أو من دخل على رجل بيته فكَابَره[2] على ماله، أو كَابَره عليه في طريق بعصاً أو سيف أو بغير ذلك[3]. إلا

= وفي طُرة آخر ورقة من هذا الجزء قال الناسخ: «نسخ من أصل صحيح نسخ من أصل المؤلف؛ هكذا ذكره صاحب الأصل المستنسخ منه وهو الأصل الذي بخزانة سيدي أحمد بن إدريس بالجامع الأعظم [ ] ذكر ذلك ناسخه في آخر سفر منه، ومن تتبعه بالنظر علم صحة ذلك».

(1) الصحاح 1/ 194، (غصب).

(2) كابره؛ أي: غالبه وأخذ منه ماله قهراً. ينظر: لسان العرب 4/ 200.

(3) ينظر: المدونة 14/ 366.

أن ذكر القُيود في الرسم بحرف السلب[1] لا يحصل بها تمييز؛ بل يوجب الإجمال، فإنك لا تشاء أن تقول ذلك في حدٍّ أو رسم إذا سُئلت عنه إلا قلته.

فإن قلت: قد رسَم المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ الحرابة في محلها، فكأنه يقول: من غير الحرابة التي رسمناها.

قلت: يشترط عندهم في التعريف أن لا يكون مفتقراً إلى تعريف حقيقة أخرى، وأيضاً فإن تعريفه للحرابة لم يتقدم له حتى يحصل العلم به للناظر في هذا الموضع، وإنما عرَّف الحرابة فيما يأتي، والإحالة إنما تكون على ما تقدم العلم به، لا إلى[2] علم لم يحصل إلى الآن.

فإن قلت: هل يكون الرسم غير مانع؛ لدخول الاختلاس فيه؟

قلت: قد يمنع دخوله تحت هذا الاسم، فإن المُختلَس منه إنما يعلم بأخذ المال بعد أخذ المُختلِس له، فلا ينطبق عليه أول الرسم، حيث قال المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ: أخذ المال قهراً. فإن القهر والاختيار إنما يعرضان للعالم بما قُهِر عليه، أو بما اختاره، والله أعلم.

ولشهرة حكم الغصب، وأنه محرم بالإجماع، حتى قيل: إنه مما اجتمعت عليه المِلل، ترك المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ التعرض لحكمه، وهو من أخذ المال بغير حق، وفي تحريم ذلك غير ما آية وحديث[3].

قوله: ﴿ ويُؤْخَذُ بِحَقِّ المَغْصُوبِ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ ويُؤَدَّبُ ﴾.

يعني: أن الغصب يُتصور من غير البالغ كما يتصور من البالغ؛ لانطباق الرسم عليهما، وأما مساواة المميز غير البالغ بالبالغ في أخذ المال منه، فلا

---

(1) وقد نقل الشيخ أبو عبد الله الرصاع قول ابن عبد السلام هذا فقال: «واعترض ابن عبد السلام على ابن الحاجب بأن هذا الرسم فيه ذكر سلوب وهي لا تميز». شرح حدود ابن عرفة 2/ 467.

(2) في «ج»: (على).

(3) من ذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: 189] وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلى عن طيب نفس منه». سنن الدارقطني 3/ 26، حديث رقم (92). وقوله ﷺ أيضاً: «من أخذ شبراً من أرض ظلماً فإنه يطوقه يوم القيامة». صحيح البخاري 2/ 866، باب من ظلم شيئاً من الأرض.

خلاف[1] في ذلك[2]؛ لأن الحقوق المالية لا يشترط فيها التكليف[3]؛ لأنها من خطاب الوضع[4]، وأما تأديبه على ذلك، فهو ظاهر المذهب والمنصوص للمتقدمين[5]، وأدبه على ذلك استصلاح ـ كما يؤدب على غير ذلك، وكما تؤدب البهيمة فيما يحتاج إليه مالكها ـ لا لأنه مكلف، وأظن أني وقفت لبعض الشيوخ على أنه لا يؤدب غير البالغ على الغصب[6]، واستغنى المؤلف عن إثبات هذا الحكم للبالغ؛ لأنه إذا كان هذا الحكم ثابتاً لغير المكلف، فلأن يثبت في حق المكلف أولى.

قوله: ﴿ وَكَذَلِكَ ثَمَنُ مَا أَفْسَدَهُ أَوْ كسَرَهُ، بِخِلافِ ثَمَنِ مَا يَبِيعُهُ ﴾.

هذه المسألة عند أهل المذهب من باب التعدي لا من باب الغصب، فإن المذهب التفريق بين حكمهما من حيث الجملة وإن كانا متساويين في هذا الموضع، ومراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بثمن ما أفسده المميز أو كسره: هو مطلق العوض من مثل أو قيمة؛ لأن الأثمان من عوارض المعاوضة، وإنما ذكر لفظ: **(ثمن)** لتتم له المخالفة في ثمن ما يبيعه لفظاً كما ثبت له معنى، وكذلك إذا باع الصبي شيئاً من ماله وقبض ثمنه، فأتلف ذلك الثمن، فلا يلزمه بيع، ويُقضى على المشتري برد المبيع، ولا يلزم الصبي من الثمن شيء؛ لأنه خرَج من يد ربه طوعاً[7]، بخلاف ما أفسده الصبي أو كسره، فإن ذلك من غير تسليط من مالكه، نَعَم، إن صوَّن بذلك الثمن شيئاً من ماله لزمه الأقل ممَّا

---

(1) في «ج»: (فالخلاف فيه).

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 739.

(3) لا يشترط التكليف في خطاب الوضع، ولهذا تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون، ويجب الضمان بفعلهما وفعل الساهي والبهيمة. التمهيد للأسنوي 1/ 116.

(4) خطاب الوضع: هو ما استفيد بواسطة نصب الشارع علماً معرفاً لحكمه، لتعذر معرفة خطابه في كل حال. ومعناه أن الشرع وضع؛ أي: شرع أموراً سميت أسباباً وشروطاً وموانع، تُعرف عند وجودها أحكام الشرع من إثبات أو نفي، فالأحكام بوجود الأسباب والشروط، وتنتفي بوجود المانع وانتفاء الأسباب والشروط. المدخل 1/ 158.

(5) ينظر: المقدمات 2/ 490، والجواهر الثمينة 2/ 739، والتاج والإكليل 5/ 274.

(6) ينظر: المقدمات 2/ 490، والتاج والإكليل 5/ 274.

(7) ينظر: المدونة 15/ 153، والقوانين الفقهية ص218.

صوَّنه أو الثمن. والمقابلة التي ذكرها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بين ما أفسده وكسره ليست بحقيقة؛ لأن الإفساد أعم من التكسير.

قوله: ﴿ وفِيهَا: فِيمَنْ بَعَثَ يتيماً لآبِقٍ، فأَخَذَهُ فبَاعَهُ وأَتْلَفَ الثَّمَنَ، يُرَدُّ العَبْدُ، ولاَ عُهْدَةَ علَى اليتيمِ ولاَ ثَمَنَ ﴾.

تصور هذه المسألة جليّ.

فإن قلت: لأي شيء أتى بها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هل على سبيل الاستشهاد على رد الثمن فيما قدمه، أو أنه رآه كالمخالف له في بعض الوجوه[1]؟

قلت: الأقرب[2] أنه إنما أتى بها للوجه الثاني، وذلك أنَّا قدمنا[3] في الفرق بين ما أفسده وبين ما باعه، أن ثمن ما باعه خرَج من يد ربه بتسليطه عليه، فلذلك لم يضمن اليتيم، وهاهنا قد وضع اليتيم يده على الآبق[4] بإذن ربه، فكان ينبغي أن يمضي بيعه؛ ولكن هذا سؤال ضعيف إن أراده المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ لأن قصارى أمر اليتيم فيه أن يكون وكيلاً على حفظ الآبق بعد أخذه، والوكيل على الحفظ لا يلزم ما باعه من مال الموكل.

قوله: ﴿ وأمَّا غَيرُ المُمَيِّزِ فقيلَ: المَالُ فِي مَالِهِ، والدَّمُ علَى عَاقِلَتِهِ، وقِيل: المَالُ هَدرٌ كالمَجْنُونِ، وقيل: كِلاهُمَا ﴾.

هذا الكلام مقابل لقوله قبل هذا: ويؤخذ بحق المغصوب من مال الصبي المميز ويؤدب[5]. وجعل المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ مورد الخلاف في هذه المسألة عدم التمييز، وهو حسن في الفقه، غير أن الروايات لا تساعده، وإنما تعرضوا للتحديد في هذه المسألة بالسِّنين فقيل: ابن سنتين، وقيل: ابن سنة ونصف، وقيل غير ذلك[6]. ومراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بما ذكره عن القول الأول في الفرق

---

(1) (فإن قلت... بعض الوجوه): سقطت من «ج».

(2) م ث: قال خليل: بل الأول أولى؛ لأن هذا السؤال ضعيف، فإن غايته أن يكون وكيلاً على حفظه ولا يلزم بيع الموكل على الحفظ. [5/ 254]

(3) ينظر ص281.

(4) الإباق: هرب العبيد وذهابهم من غير خوف ولا كدِّ عمل. لسان العرب 10/ 3، (أبق).

(5) ينظر ص281.

(6) ينظر: الشرح الكبير 3/ 443.

بين المال والدم، وأن الدم على العاقلة[1]؛ أي: بشرط ذلك، وهو بلوغ ثلث الدية[2]. وهذا القول هو الأظهر؛ لأن الضمان على ما قدمناه[3] من باب الوضع الذي لا يشترط فيه التكليف، وكذلك لا يشترط فيه التمييز، وفي القول الثالث ألحق غير المُميز من بني آدم بالعجماء[4]. والقول الثاني ضعيف وإن كان المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أشار إلى توجيهه من حيث إنه شبهه بالمجنون[5].

قوله: ﴿ ويكُونُ بالتَّفْويتِ بالمُبَاشَرةِ، أو بِإِثْبَات اليَدِ العَادِيَةِ ﴾.

فاعل (يكون) أو اسمها ضمير يرجع إلى الضمان المفهوم من سياق كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ.

فإن قلت: باءُ الجرِّ في المواضع الثلاثة من أي أنواع البَاءِ هي؟

قلت: هي باء السَّببية؛ أي: ويكون الضمان بسبب التفويت. وسبب التفويت إما المباشرة، وهي سبب محسوس، وإما إثبات اليد العادية، وهو محسوس باعتبار وضع اليد، وحُكي باعتبار الإتلاف[6]، وعلى هذا **فقوله: (بإثبات اليد العادية)**. معطوف على **قوله: (بالمباشرة)** لا على **قوله: (بالتفويت)**.

فإن قلت: هلا عطفته على قوله: بالتفويت. فإن كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ يحتمله؟

قلت: إنما حملناه على المعنى الأول؛ لأن الغالب من عادة المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أن يجعل للحكم الواحد سبباً واحداً إذا أجزأه، أو شرطاً واحداً؛ لذلك فلا يعدد الشروط والأسباب، ويمكن حمله على الوجه الآخر،

---

(1) العاقلة: بكسر القاف جمع عاقل، وهو دافع الدية، وسميت الدية عقلاً تسمية بالمصدر؛ لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولي القتيل، ثم كثر الاستعمال حتى أطلق العقل على الدية ولو لم تكن إبلاً، وعاقلة الرجل قرابته من قبل الأب، وهم عصبته وهم الذين كانوا يعقلون الإبل على باب ولي المقتول. فتح الباري 6/ 274.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 739، والقوانين الفقهية ص219.

(3) ينظر ص281.

(4) العجماء: البهيمة، وإنما سميت عجماء لأنها لا تتكلم وكل ما لا يقدر على الكلام فهو أعجم. ينظر: لسان العرب 12/ 389، (عجم).

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 739، وحاشية العدوي 2/ 368.

(6) ينظر: بداية المجتهد 2/ 265.

ويترجح على غيره بأن هذين الوصفين كل واحد منهما سبب مستقل بنفسه، ولا يفتقر في كونه سبباً إلى غيره.

قوله: ﴿فالمُبَاشَرَةُ كالقَتْلِ والأَكْلِ والإِحْرَاقِ﴾.

هذا النوع متفق على كونه سبباً للضمان، وهو إتلاف ذات المغصوب بقتل الحيوان أو أكل الطعام أو إحراق الثياب أو غير ذلك من الإتلافات[1].

قوله: ﴿وإِثْبَاتُ اليَدِ العَادِيَةِ فِي المَنْقُولِ بالنَّقْلِ﴾.

وهذا الوجه من وجهي إثبات اليد العادية أيضاً سبب للضمان بالاتفاق، وهو نقل ما يمكن نقله؛ كالحيوان والثياب ينقلها الغاصب فتهلك تحت يده بأمر من الله تعالى، فلا خلاف أنه يضمنها[2].

قوله: ﴿وفِي العَقَارِ بالاسْتِيلاءِ، وإِنْ لَمْ يَسْكُنْ﴾.

هذا الوجه سبب لضمان العقار عند مالك[3] والشافعي[4]، وليس من أسباب الضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وخالفهما محمد بن الحسن[5] فقال بقول مالك والشافعي، فالأوُّلون يرون أن حقيقة الغصب إنما هي وضع اليد على مال الغير عدواناً، سواء كان هناك نقل أو لم يكن[6]، والآخرون يرون أن الغصب[7] وضع اليد مع النقل أو إمكانه، وهذا القيْد مُتعذر في العقار فلا يضمن؛ إلا أن يفعل فيه الغاصب فعلاً[8]. وعُمدة أهل المذهب ومن وافقهم، أن وضع اليد كما يثبت في حق اليد المُحِقة حتى تقوم الشهادة على الملك ويقع الاختصاص لأجله، فتلك اليد إذا كانت بتعدٍّ كانت

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 741.
(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 742.
(3) ينظر: المنتقى 5/ 373، والذخيرة 8/ 275، وبداية المجتهد 2/ 265.
(4) ينظر: الوسيط 3/ 387، ومنهاج الطالبين 1/ 70، ومغني المحتاج 2/ 275.
(5) ينظر: بدائع الصنائع 7/ 146، والمبسوط للسرخسي 11/ 57، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 176.
(6) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 742.
(7) (أن الغصب): سقطت من «ج».
(8) ينظر: بداية المجتهد 2/ 265.

غصباً[1]، والمسألة مشهورة في علم الخلاف[2].

قوله: ﴿ فلوْ غَصَبَ السُّكْنَى فانْهَدَمَت الدَّارُ، لَمْ يَضمَنْ إلاَّ قيمَةَ السُّكْنَى ﴾.

يعني: أن واضع اليد على مال الغير على سبيل العداء لا يكون بهذا القدَر غاصباً للقدَر الذي قصد إلى وضع اليد عليه، فإن كان قصد إلى وضع اليد على الذَّات لتملكها، فخصَّه أهل المذهب باسم الغاصب وأعطوه حكمه، وإن قصد إلى الانتفاع بتلك الذات ولم يقصد تملك رقبتها، خصُّوه بالمتعدي وأعطوه حكمه، على ما علم في المذهب من الفرق بين المتعدي والغاصب[3]، وجعل المؤلف رَحِمَهُ اللهُ هذا الفرع مبنياً على هذه القاعدة، ولذلك أدخل الفَاءَ المعطية للسبب على هذا الكلام، وهو حسَن لو طردوه؛ ولكنهم قالوا في المتعدي على الدابة ـ كالمكتري يزيد في المسافة أو المستعير يزيد فيها أيضاً ـ أنه يضمن الرقبة إن هلكت وإن كان كل واحد منهما لم يقصد إلى ملك الرقبة[4].

فإن قلت: المتعدي على الدابة ناقل لها، والمتعدي على الدار غير ناقل لها.

قلت: قد أسقط أهل المذهب وصف النَّقل في المغصوب عن درجة الاعتبار في ضمان الغاصب، وهكذا ينبغي أن يكون في حكم ضمان المتعدي، والله أعلم.

قوله: ﴿ ويكْفِي الرُّكُوبُ فِي الدَّابَّةِ، والجَحْدُ فِي الوَدِيعَةِ ﴾.

يعني: أنه يكفي في ضمان الغاصب والمتعدي ركوبه الدابة وجحده للوديعة، فتهلك الدابة بعد ركوبه ولو بأمر من الله ـ تعالى ـ وكذلك الوديعة. ومسألة الركوب ظاهرة باعتبار الغصب، فإن وضع اليد وحده كاف في تعلق

---

(1) استدل المالكية على صحة قولهم: إن العقار يمكن غصبه، بقوله عليه الصلاة والسلام في الصحيح: «من غصب شبراً من أرض طوقه يوم القيامة». أخرجه مسلم في صحيحه 3/ 230، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(2) ينظر: المعونة ص1214، والجواهر الثمينة 2/ 742.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 742، والتاج والإكليل 5/ 274.

(4) ينظر: المدونة 14/ 357، والمنتقى 5/ 268.

الضمان، فكيف إذا صحبه الركوب، وأما التعدي فقد نبهناك الآن على ما فيه، وقد تقدم الكلام على جحْد الوديعة في محله في كتاب الوديعة[1].

قوله: ﴿ والتَّسَبُّبُ بالفعلِ المُهَيِّئِ[2] كسَبَبٍ آخرَ مثْلهمَا ﴾.

يعني: أن سبب السبب[3] قائم في مقام السبب في هذا الباب، وذلك أنه قدم بيان سبب الضمان، وهو التفويت بالمباشرة وإثبات اليد العادية، وذكر منها هاهنا أن سبب أحد هذين السببين يقوم مقام كل واحد منهما على البدل، وعلى هذين السببين يعود الضمير من **قوله: (مثلهما)**.

قوله: ﴿ فَيَجِبُ الضَّمَانُ علَى المُكرِهِ علَى إتْلَافِ المَالِ ﴾.

هذا الفرع وما بعده من نتيجة **قوله: (والتسبب بالفعل المُهيئ)**. فلذلك أتى بالفَاءِ في أوله. والرَّاءِ من **قوله: (المُكره)**. مكسورة على أنه اسم فاعل. قال سحنون رَحِمَهُ ٱللَّهُ في عامل أكره رجلاً على أن يدخل في بيت رجل فيُخرِج منه متاعاً ليدفعه إليه، فأخرَج له ما أمره به ودفعه إليه، ثم عُزِلَ العامل، وقام رب المتاع، فله أن يأخذ بذلك من شاء منهما، فإن أخذه من المأمور رجع به المأمور على العامل. قال: وإن عزل الأمير وغاب رب المتاع، فقام المأمور على الآمر ليغرمه، ويقول: أنا أؤخذ به إذا جاء صاحبه. قال: «ذلك له ويعدى عليه»[4]. هذا ما حكاه ابن يونس. قال القاضي ابن رشد في قوله: «يعدى عليه. نظر، والذي يوجبه النظر أن يقضى له بتغريمه إياه، ولا يُمكَّن منه، ويوقف صاحبه»[5]. وحكى الشيخ أبو محمد في «النوادر» عن كتاب ابن سحنون رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعد كلام له مع المخالفين ما نصه: «فقد أفسدوا في هذه العلة بقولهم معنا في المُكرَه بوعيد بقتل أو قطع على أن يأخذ مال فلان فيدفعه إلى المُكرِه له، أنه في سعة من ذلك؛ لأنه كالمضطر، ويضمن الآمر ولا ضمان على المأمور، وإن أبى أن يأخذه حتى قتله كان عندنا في سعة. وقال سحنون

---

(1) ينظر ص245.

(2) في «ج»: (المنهي).

(3) في «خ»: (سبب المتسبب)، وفي «ج»: (سبب المسبب).

(4) النوادر والزيادات 10/ 374، والبيان والتحصيل 11/ 277، 278، والذخيرة 8/ 274.

(5) البيان والتحصيل 11/ 278، والتاج والإكليل 5/ 277.

في كتاب ابنه: إذا أُكرِه رجل على أن يأخذ مالاً لرجلٍ فيرمي به [في][1] مهلكه بوعيدٍ بقتلٍ أو سجنٍ أو قيدٍ فأذن له في ذلك ربه من غير إكراه؛ فلا شيء عليه ولا على الذي أكرهه، وإن كان ربه مُكرَهاً على الإذن في ذلك فالمكرَه الفاعل ضامن، وإن كان عديماً فالضمان على الذي أكرهه[2]، ثم لا رجوع له على الفاعل بذلك إذا أيسر»[3]. وفي «المبسوطة»[4] عن عبد الله بن عبد الحكم وأصبغ: أنه لا شيء على المأمور إذا كان قد أُكرِه على ذلك[5].

قوله: ﴿ وعلَى مَنْ حَفَرَ بِئْراً عُدواناً فتَردَّى فِيها إنسَانٌ أو بَهِيمةٌ ﴾.

لا يريد **بقوله: (عدواناً)**. أنِ يحفرها في ملك غيره، وإنما يريد أن يحفرها في موضع يظن معه سقوط الناس أو البهائم[6] عادة، كالحَافِر في الطُّرق أو في منزله للسارق وشبه ذلك[7]، والمجرور بـ(على) معطوف على المجرور السابق حيث قال: فيجب الضمان على المكره.

قوله: ﴿ فإنْ رَدَّاهُ غَيرُهُ فَعلَى المُرْدِي، تَقْدِيماً لِلمُبَاشَرَةِ ﴾.

يعني: أنه لمَّا اجتمع المتسبب والمباشر، وجب إسناد الحكم إلى أحدهما، وتعيَّن أن يكون هو المباشر[8]؛ لأنَّا إن أسندنا الحكم إليهما معاً، لزم التسوية بين الراجح والمرجوح، وإن لم نسنده إليهما، لزِم إهدار الدم مع وجود القاتل، وإن أسندناه إلى المتسبب وحده، لزِم تقديم المرجوح على الراجح.

---

(1) (في): زيادة رأيت أنها ضرورية لاستقامة المعنى.
(2) (وإن كان ربه... على الذي أكرهه): سقطت من «ج».
(3) التاج والإكليل 5/ 268.
(4) المبسوطة: ليحيى بن إسحاق بن يحيى الليثي، كتاب في اختلاف أصحاب مالك وأقواله، قام باختصارها وتهذيبها الأخوان: أبو عبد الله محمد، وأبو محمد عبد الله، ابنا أبان بن عيسى بن دينار (ت262هـ) ثم اختصر ذلك الاختصار أبو الوليد بن رشد. تاريخ علماء الأندلس 2/ 51، وجذوة المقتبس ص350.
(5) ينظر: البيان والتحصيل 6/ 111.
(6) (بقوله عدواناً... أو البهائم): سقطت من «ج».
(7) ينظر: المدونة 16/ 445، والذخيرة 6/ 260، وبداية المجتهد 2/ 37، والقوانين الفقهية ص218، والتاج والإكليل 5/ 278.
(8) ينظر: الذخيرة 8/ 260.

فإن قلت: هلا أسندت الحكم إليهما على الوجه الذي قدمته عن سحنون رَحِمَهُ اللَّهُ في مسألة الإكراه بأن يضمن المباشر، ويرجع على الآمر، أو يرجع رب المال على من أحب منهما، لا أنه يرجع عليهما معاً.

قلت: هذا السبب الذي هو الحفْر أضعف من سبب الإكراه على التلف قطعاً، فلما قوي السبب في مسألة الإكراه جعل فاعله كالمباشر، فإذا اجتمع مع المباشر صار كالمباشرين، وعلى هذا، لو كان حافِر البئر قصد بحفرها إهلاك رجل معيَّن، ودفع آخر ذلك الرجل، لوجب تضمينهما معاً إن كان المدفوع عبداً، أو قتلهما إن كان حراً، والله أعلم.

قوله: ﴿ ولوْ فَتَحَ قَفَصَ طَائِرٍ فطَارَ، أَوْ حَبْلَ دَابَّةٍ فَهَرَبَتْ، أَوْ قَيْدَ عبدٍ فأَبَقَ، ضَمِنَ ﴾.

هذه أسباب ظاهرة مستلزمة لمسبباتها استلزاماً يقينياً، فلذلك رتَّب عليها الضمان، وقد نصَّ على ذلك في «المدونة»؛ إلا أنه شرط في مسألة العبد أن يكون قُيِّد لخوف إِبَّاقِهِ[1] ـ وهو شرط ظاهر ـ ولو قُيِّد لقصد النَّكَالِ بالقيْد لم يجب على من حلَّه منه ضمان إن هرَب العبد، والله أعلم.

قال الإمام المازري: ولم يختلف النقل عن أبي حنيفة والشافعي[2] في أنه إذا طار الطائر بعد تباطؤٍ فإن الفاتح لا يضمن، وإنما اضطرب[3] النقل عنهما في طيرانه عُقيْب الفتح من غير مُهلة[4].

قوله: ﴿ ومَنْ فَتَحَ بَاباً علَى دَوَابٍّ فذَهَبَتْ ضَمِنَ، وقِيل: إنْ لَمْ يكُنْ فِيها أَهْلَهَا ﴾.

القول الأول: مذهب أشهب، وشرط أن تكون الدواب مسرحة في الدار غير مربوطة[5]، وهو مختار غير واحد من الشيوخ.

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 179.

(2) ينظر: الأم 4/ 69، والمهذب 1/ 374، وفتاوى السغدي 2/ 291، ولسان الحكام 1/ 278.

(3) في «ج»: (اختلف).

(4) ينظر: المعونة ص1212، وبداية المجتهد 2/ 265.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 741، والذخيرة 8/ 260.

والقول الثاني: لابن القاسم في «المدونة»، وشبهها بمسألة السارق يدع الباب مفتوحاً وأهل الدار فيها نياماً أو غير نيام، فيذهب بعد ذلك من الدار شيءٌ، أنه لا ضمان على السارق[1].

قوله: ﴿ ومَنْ أَتْلَفَ مغْصُوباً، ضَمِنَ، وإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ﴾.

لفظة: **(مغصوباً)** بالغينْ المُعجمة والباء الموحدة[2]، وليست بالعيْن المهملة والميم، كما ضبطه بعضهم، فإن ذلك لا إشكال فيه، والذي أراده المؤلف رَحِمَهُ اللهُ أن الإتلاف علة في ضمان مال الغير، سواء كان ذلك المال تحت يد مالكه، أو من هو نائب عن مالك أو لا، ولذلك أكّده **بقوله**: **(وإن لم يعلم)**؛ أي: لا يشترط في ضمان المتعدي العلم بالتعدي؛ بل لو أتلف مال نفسه فيما يظنه، ثم تبيَّن أنه أتلف مال غيره لضمن[3]. وزاد المؤلف رَحِمَهُ اللهُ هذا تحقيقاً...

بقوله: ﴿ ولوْ قدَّمهُ الغَاصِبُ لِضَيْفٍ فأَكَلَهُ غَيرَ عَالِمٍ، ضَمِنَهُ ﴾.

فاعل: (ضمن) ضمير يعود إلى الضَّيف، ولا يريد المؤلف رَحِمَهُ اللهُ أنه لا يضمنه إلا الضَّيف؛ بل هذه في مسألة هبة الغاصب يهب الشيء المغصوب ـ وسيأتي حكمها ـ وقد تقدم أن أحكام الأموال من خطاب الوضع[4]؛ فلا يشترط في الضمان عِلم الغاصب ولا إرادته[5].

قوله: ﴿ ولِصَاحِبِهِ، بَرِيءَ الغَاصِبُ ﴾.

يعني: ولو قدمه الغاصب إلى صاحبه[6] فأكله برئ الغاصب، سواء عَلِم ربه أنه طعامه أوْ لَا؛ لأن به هو الذي باشر إتلافه[7].

قوله: ﴿ ولَوْ أكْرَهَ صَاحِبَهُ فأكَلَهُ بَرِيءَ ﴾.

يعني: لو أكله صاحبه مكرهاً على ذلك؛ فلا ضمان على

---

(1) ينظر: المدونة 15/ 179.

(2) (والباء الموحدة): سقطت من «ج».

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 241، والذخيرة 8/ 260.

(4) ينظر ص281.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 742.

(6) في «خ»: (إلى ربه).

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 742.

الغاصب[1]؛ لِمَا قدَّمناه من أن ربه هو الذي أتلفه مباشرة؛ إلا أنه مُشكل من وجهين:

أحدهما: أنَّا قدمنا عن سحنون ـ ما ظاهره ـ في مسألة الإكراه أن المغصوب منه يطلب المُكرِه أولاً، فإذا غرم لم يرجع على المُكرَه المباشر[2]، وعلى هذا التقدير لا يبعد أن يقوم رب الطعام على الغاصب الذي أكره على الأكل؛ لأن المتسبب في مسألة الإكراه مُقدم في الضَّمان على المباشر.

والوجه الثاني: أن هذا الطعام قد لا يملكه ربه لأنْ يأكله؛ لأنه ذو ثمن معتبر، وشأن ربه أكل ما هو دونه؛ لضيق حاله أو لأنها عادة أمثاله، فينبغي في مثل هذه الصورة أن يضمنه الغاصب لربه، ويسقط عنه من قيمته القدَر الذي انتفع به ربه أن لو كان من الطعام الذي شأنه أكله، والله أعلم.

قوله: ﴿ ويكُونُ لِعَينٍ، ومَنفَعَةٍ ﴾.

يعني: أن الغصب يكون لذات، وهو مراده **بقوله**: **(لعين)**. ويكون لمنفعة تلك الذات[3].

قوله: ﴿ فالعَيْنُ مِثْلِيٌّ ومُقوَّمٌ ﴾.

تقسيم المضمون من الأعيان إلى مثلي؛ أي: يضمن مثله، وإلى مقوَّم تضمن قيمته، هو مذهب فقهاء الأمصار[4]، وذهب العنبري[5] إلى أن المضمونات كلها تضمن بالمثل لا بالقيمة[6]، وحكاه أبو عمرو[7] عن

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 742.

(2) ينظر ص286.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 742.

(4) ينظر: التفريع 2/ 274، والمعونة ص1212، والتمهيد 14/ 286، والكافي 1/ 428، والمنتقى 5/ 272، وبداية المجتهد 2/ 266.

(5) هو أبو سعيد عبد الرحمٰن بن مهدي بن حسان العنبري، سمع من السفيانين ومالكاً ولازمه وأخذ عنه كثيراً من الفقه والحديث، روى عنه ابن وهب وابن حنبل وأبو ثور، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (198هـ). ينظر: الديباج 1/ 146، وسير أعلام النبلاء 9/ 192.

(6) ينظر: المعونة ص1212.

(7) ينظر: التمهيد 4/ 67.

الشافعي[1] وأبي حنيفة[2] وداود، وحكاه الباجي عن الشافعي وأبي حنيفة، قال: وروي عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ مثل قول أبي حنيفة والشافعي، والأول هو الصحيح والمشهور عنه[3]. قال الإمام المازري: هكذا وجدناه في نسخ من المنتقى، وأراه وهْماً منه أو من الرواة الذين ذكروا ذلك عنه.

واحتج الجمهور بقوله ﷺ: «من أَعتَق شِركاً له في عَبدٍ، قُوِّم عليه نصيب شريكه قيمة لا وكْسٌ[4] فيها ولا شطط»[5]. وحجة الآخرين ما رواه أبو داود، قالت عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «ما رأيت صانعاً طعاماً[6] مثل صفية[7]، صنعت لرسول الله ﷺ طعاماً فبعثت به، فأخذني أفْكَل[8]، فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله، ما كفارة ما صنعت؟ فقال: إناء مثل إناء، وطعام مثل طعام»[9]. وفي رواية قال رسول الله ﷺ: «غارت أمُّكم، كلوا. وحَبس الرسول والقصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول، وحبس المكسورة في بيته»[10]. ولكل واحد من الفريقين تأويل على ما تمسك به صاحبه، وذِكر ذلك بما فيه يطول[11].

---

(1) ينظر: المهذب 1/ 368، والوسيط 3/ 363، ومنهاج الطالبين 1/ 70.

(2) ينظر: المبسوط للسرخسي 11/ 50، وبداية المبتدي 1/ 205.

(3) المنتقى 5/ 277.

(4) الوَكْس: النقص. النهاية في غريب الحديث 5/ 218.

(5) ونص الحديث في صحيح مسلم: «عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: من أعتق عبداً بينه وبين آخر قُوِّم عليه في ماله قيمة عدل ولا وكس فيها ولا شطط، ثم أعتق عليه في ماله إن كان موسراً». صحيح مسلم 3/ 1287، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(6) (طعاماً): سقطت من «ق»، «ج».

(7) هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب، زوج النبي عليه الصلاة والسلام، سباها النبي يوم خيبر واصطفاها لنفسه، فأسلمت وأعتقها، توفيت ـ رحمها الله تعالى ـ سنة (36هـ)، ودفنت بالبقيع. ينظر: الاستيعاب4/ 1871، وصفة الصفوة 2/ 51.

(8) أَفْكَل: أي رعدة، وهي تكون من البرد أو الخوف، والمعنى هنا أنها ارتعدت من شدة الغيرة. ينظر: لسان العرب 11/ 19، (أَفْكَل).

(9) أخرجه أبو داود في سننه 3/ 297، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله.

(10) أخرجه أبو داود في سننه 3/ 297، باب فيمن أفسد شيئاً يغرم مثله، والنَّسائي في سننه 7/ 71، باب الغيرة.

(11) ينظر: المنتقى 5/ 272.

قوله: ﴿ فذَواتُ الأَمْثَالِ مِثلُ: المَكِيلِ والمَوزُونِ والمَعدُودِ، وجَمِيعُ الأَطْعِمَةِ تُضْمَنُ إذَا تَلِفَتْ بِمِثْلِهَا ﴾.

يريد المعدود الذي تتفق مقاديره عادة، ويُباع عدداً كالجوز واللوز، وعطفه الأطعمة على ما قبلها من عطف الخاص على العام، فإن الأطعمة إن لم تكن مكيلة ولا موزونة ولا معدودة على الصفة التي ذكرناها، لم تضمن بالمثل، وإنما تضمن بالقيمة[1]. وظاهر **قوله: (إذا أتلفت)**. أن التلف شرط في الضمان، وليس كذلك، فإن الضمان قد يكون بما دون تلف العيْن؛ بل يكفي فيه بعض أنواع التغير على ما سيأتي بيان كثير منها.

قوله: ﴿ فإنْ فُقِدَ المِثْلُ صَبَرَ حتَّى يُوجَدُ عِند ابنِ القَاسِمِ، ولَهُ طَلَبُ القِيمَةِ الآنَ عنْدَ أشهَبَ ﴾.

يعني: إذا كان المغصوب من ذوات الأمثال، وتعذر وجود مثله في الحال، ولم يُؤْيَس من وجوده؛ لكن يوجد بعد طول، فإن اختار ربه الصبر إلى أن يوجد مثله فله ذلك، وإن أراد تعجيل القيمة فله ذلك عند أشهب، وليس له ذلك عند ابن القاسم[2]. قال الشيخ ابن عبدوس[3]: «اختلفا في هذا كما اختلفا في الذي يُسْلم في الفاكهة فيفرغ إبَّانها وقد بقي له منها، فالصبر حتى يأتي بالطعام من بلد آخر؛ كالصبر حتى يأتي إبَّان الثمرة إلى عام قابل، فسوَّى ابن القاسم بينهما في لزوم الصبر حتى يؤتى بالطعام، وحتى يأتي قابل في الفاكهة. وقال أشهب: يرُدُّ إليه رأس المال في السَّلم، ولا يجوز أن يؤخره. وقال في الطعام: يأخذ فيه قيمة الطعام إن شاء، وإن شاء أخَّره حتى يأتي بالمثل. قال: فهذا فسخ الدَّين على أصله، فلا يجوز أن يؤخره بالطعام إذا كان له أخذه بالقيمة، وإنما ينظر: فإن كان الموضع يوجد فيه مثل الطعام على

---

(1) ينظر: التفريع 2/ 274، والمنتقى 5/ 276، والذخيرة 8/ 288.

(2) ينظر: المدونة 14/ 353، والتفريع 2/ 275، والنوادر والزيادات 10/ 331، والكافي 1/ 429، والمنتقى 5/ 378، والجواهر الثمينة 2/ 746.

(3) هو محمد بن عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله بن عبدوس بن بشير، من كبار أصحاب سحنون وأئمة وقته. له كتاب: «المجموعة»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (260هـ). ينظر: طبقات الشيرازي 1/ 161، والديباج 1/ 237.

يوم أو يومين أو ثلاثة والأمد القريب، فليس له إلا مثل الطعام حتى يأتيه به، وإن كان بعيداً مما على الطالب في تأخيره ضرر، أو كان استهلكه في لُجَجِ بحْرٍ[1]، أو فيافٍ[2] بعيدة من العمران، فهذا يغرم قيمته حيث استهلكه، يأخذه بها حيث لقيه»[3]. ويمكن أن يجاب عن أشهب فيما أشار إليه ابن عبدوس من مناقضته بأن يقال: أصل السؤال مبني على تهمة المغصوب منه والمسلم، بأن يختارا شيئاً ما وينتقلا إلى غيره، والتُّهم تقوى في عقود البيع وما يؤول البيع إليه؛ لأن ذلك ابتداء وانتهاء وقع باختيار المتبايعين، وتضعف التُّهم في مسائل الغصب؛ لأنه يقع بغير اختيار المغصوب منه، ويبعد أن يتوصل بما فعله إلى صورة ما يؤول الأمر إليه من فسخ الدين في الدين وشبه ذلك.

قوله: ﴿ فإنْ وجَدَهُ فِي غيرِ مَكَانِهِ وهو مَعَهُ بعينِهِ، فقالَ ابنُ القَاسِمِ: لاَ يَلْزَمهُ إلاَّ مِثْلُهُ فِي مَكَانِ الغَصْبِ، وقَالَ أَشهَبُ: لَهُ أَخْذُهُ أَوْ أَخذُ مِثْلِهِ فِي مَكَانِ الغَصْبِ. قَالَ سحنونٌ: مَا أعْرِفُ هذا، وقَال أصْبَغُ: فِي البَعِيدِ كابنِ القَاسِمِ، وفِي القَرِيبِ كأشْهبَ ﴾.

يعني: فإن وجد ربُّ المثلي الغاصب بغير بلد الغصب والمثلي معه بعينه، وتصوُّر كلام ابن القاسم وأشهب وأصبغ ظاهر، ولأشهب قول آخر مثل قول ابن القاسم[4]، وسحنون موافق لابن القاسم. قال سحنون: «إنما له أخذه بموضع الغصب، وقال: لا أعرف هذا»[5]؛ أي: قول أشهب من قول الرواة، والأقرب كان مذهب[6] أشهب؛ لأنه لا يَسقط حق رب الطعام من غير ذلك الطعام لغرض له فيه، فإن أسقَط حقه فيه بعينه كان له أخذ مثله في موضع الغصب، إذ هو أخف على الغاصب. قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ: «ولو اتفقا على أن يأخذه بعينه أو مثله بموضع نقله أو يأخذ فيه ثمناً جاز، بمنزلة بيع الطعام

(1) لُجَج البحر: عُرْضه أو أعماقه. ينظر: لسان العرب 2/ 355، (لجج).
(2) الفيافي: الصحراء الواسعة التي لا ماء فيها. لسان العرب 9/ 274، (فيف).
(3) النوادر والزيادات 10/ 332، والمنتقى 5/ 278، 279.
(4) ينظر: المنتقى 5/ 379، والجواهر الثمينة 2/ 747.
(5) النوادر والزيادات 10/ 319، والمنتقى 5/ 278، والجواهر الثمينة 2/ 747.
(6) في «خ»: (قول).

القرض قبل قبضه، وقاله أصبغ»[1]. «وحكى بعضهم عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ أنه منع من أن يأخذ طعاماً خلاف الطعام المنقول»[2]. ولو بقي الطعام بموضع الغصب، وسافر الغاصب إلى بلد آخر، فلقيه رب الطعام[3] في هذا البلد، فابن القاسم يرى أنه لا يقضى عليه حيث هو بالطعام، وإنما يقضى عليه بأن يدفع الطعام أو مثله بالبلد الذي غصبه فيه وإن كان في ذلك تأخير لصاحب الطعام عن حقه واستيفائه[4]. ويرى أشهب: إذا بَعُد ما بين البلدين أن يقضى لصاحب الطعام بقيمته بالبلد الذي غصبه فيه، يأخذ ذلك حيث لقيه، أو يقضى للطالب بمثل طعامه إذا كان سِعْر الطعام بالبلد[5] الذي تلقيا فيه وبالبلد الذي غصب الطعام فيه سواء أو كان ثمنه حيث تلاقيا أرخص، يقضى بهذا التخيير لصاحب الطعام[6].

قوله: ﴿ ولاَ خِلافَ أنَّ الغَاصِبَ يُمنَعُ منهُ حتَّى يُتَوثَّقَ مِنهُ ﴾.

لا شك أن الضمير المجرور أولاً عائد على الطعام وشبهه من المثلي، وأن الضمير المجرور ثانياً عائد على الغاصب، والذي حكاه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا هو قول أصبغ ومحمد في كتاب «محمد»[7]، وأشار بعض الشيوخ إلى نفي الخلاف في ذلك[8]، كما صرَّح به المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ وهو صحيح في النَّظر، غير أنه لا يبعد وجود الخلاف أو ما يدل عليه في فروعهم، وأظن أني وقفت على ما يقتضي ذلك. ولو أراد المغصوب منه أن يكلف الغاصب برد المغصوب إلى موضع الغصب لم يكن له ذلك في المشهور من المذهب[9]. وقال المغيرة

---

(1) النوادر والزيادات 10/ 319، والجواهر الثمينة 2/ 747.

(2) النوادر والزيادات 10/ 319.

(3) (الطعام المنقول... رب الطعام): سقطت من «ج».

(4) ينظر: المدونة 14/ 353، والنوادر والزيادات 10/ 318، والبيان والتحصيل 11/ 272، والجواهر الثمينة 2/ 748.

(5) (بالبلد): سقطت من «ج».

(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 319، والبيان والتحصيل 11/ 272، والجواهر الثمينة 2/ 747.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 319، والمنتقى 5/ 278، والجواهر الثمينة 2/ 748.

(8) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 748.

(9) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 320.

في «المجموعة»[1]، «فيمن غصب خشَبةً من عدن[2] وأوصلها إلى جَدَّة[3]، وأنفق على ذلك مائة دينار، أن لربِّها أن يكلفه ردها، وله أن يأخذها بعينها. قال: ولو كان نقلها بوجه شبهة، وقيمتها حيث وصلت أكثر من قيمتها في المكان الذي منه نقلت، فأراد ربها أخذها، كُلِّف أن يدفع إلى حاملها الأقل من كرائها أو ما زاد في قيمتها»[4]. وذكر ابن حبيب «فيمن استُؤجِر على حِمْلٍ ينقله إلى بلد آخر فنقل غيره خطأ، أن لصاحبه تضمين الناقل، أو أخذ ما نقله بعد أن يؤدي الكراء عند ابن القاسم، ولا يلزمه عند أشهب، ولا يُجبَر الجمَّال على إعادته إلى المكان الذي نقله منه»[5].

قوله: ﴿ فإنْ أَتْلَفَ حُلِيّاً فقِيمَتُهُ، وقِيلَ: مثْلُهُ ﴾.

القول الأول هو قول ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب الغصب من «المدونة»[6]، وهو أصله في المثلي إذا دخلته صنعة، أنه يعود بسبب تلك الصنعة من ذوات القيم، كما قال في الغزل، وأصل غيره أن الصَّنعة لا تنقله من حكم الأصل؛ بل يبقى على حُكم ذوات الأمثال، كما قاله أيضاً في الغزل.

قوله: ﴿ فلوْ كَسَرَهُ، أَخَذهُ وقِيمَةَ الصِّياغَةِ ﴾.

هذا قول ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب الغصب من «المدونة»، قال: لأنه إنما أفسد له صنعة[7]. وفي كتاب الرهن منها: وكان ابن القاسم يقول: إذا

---

(1) المجموعة: كتاب في الفقه المالكي يضم نحو خمسين كتاباً، جمع فيه ابن عبدوس غالب مسائل المدونة وشرحها، وهي من أمهات كتب المالكية، وهي من الكتب المفقودة، إلا أنه وصل إلينا منها قسم في كتاب النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني. ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 146، والعمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين 13/ 349.

(2) عدن: مدينة باليمن على ساحل المحيط الهندي. ينظر: معجم ما استعجم 3/ 924، ومعجم البلدان 4/ 89.

(3) جدة: مدينة على الساحل الشرقي للبحر الأحمر، تبعد عن مكة مسيرة ثلاث ليال. ينظر: معجم ما استعجم 1/ 371، ومعجم البلدان 2/ 114.

(4) النوادر والزيادات 10/ 320، والمنتقى 5/ 273.

(5) النوادر والزيادات 10/ 320.

(6) ينظر: المدونة 14/ 363.

(7) المدونة 14/ 364.

كسَر الخلخالين، فإنما عليه أن يغرم ما نقص الصياغة، ثم رجع إلى أنه يغرم قيمتها، ويكونان له[1]. فانظر، هل القول الأول من هذين القولين موافق لما حكاه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أو يريد به ما يُعطيه ظاهر كلامه، وهو ما نقصه فساد الصياغة من قيمة الجميع مصُوغاً، فيكون في «المدونة» ثلاثة أقوال؟ وذكر ابن المواز عن أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ «أن عليه أن يصوغهما له. قال ابن المواز: وهو أحبُّ إليَّ من قيمتها وما نقصهما. قال: وقد قاله مالك رَحِمَهُ اللَّهُ فيهما وفي الجدار يَهدِمه، فإن لم يقدِر أن يصوغهما، فعليه ما نقصا بين قيمتهما مصوغتين ومهشَّمتين، ولا أُبالي قوِّما بذهب أو فضة»[2]. وقال في «المدونة» في استهلاك سِوارين من ذهب: «عليه قيمتها مصوْغتين من الدراهم، وله أن يؤخره بتلك القيمة. قال: وكذلك من غصب لرجلٍ ثوباً، فحُكم عليه بقيمته، فلا بأس أن يؤخرها بها»[3]. ولنتمم ما قيل في الجدار ينهدِم ـ وإن لم يكن من هذا الفصل ـ ففي كتاب «ابن المواز»: «من غصب داراً فهدَمها، ثم استحقها رجل، فإن شاء أخذ منه قيمتها يوم الغصب، وإن شاء أخذ العرْصَة والنقض على أن لا يتبع الغاصب بشيء، ولو هدمها ثم بناها بنقضها بعينه، فأعادها كما كانت، فللغاصب قيمة هذا النقض المبني منقوضاً اليوم، وعليه قيمته منقوضاً يوم هدمه، فيتقاصَّان[4]، هذا مذهب أشهب ومالك، وهو أحبُّ إليَّ. وقال ابن القاسم: يحسب على الهادم قيمة ما هدَم قائماً، ويحسب له قيمة ما بنى منقوضاً»[5]. وهذا الذي ذكره بن المواز هنا هو أجرى على الأصل؛ لأنه حكم بالقيمة في ذوات القيم، وأما ما قدمناه عنه في الجِدار، فخارج عن الأصل؛ لأنه حكم بالمثل في ذوات القيم، ولعل هذا القول هو القول الشاذ الذي حكاه الباجي عن المذهب فيما تقدم[6].

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 319.

(2) النوادر والزيادات 10/ 336، والمنتقى 5/ 279، والذخيرة 8/ 321.

(3) المدونة 14/ 363.

(4) المقاصة: هي متاركة مطلوب بمماثل. مختصر خليل 1/ 198.

(5) النوادر والزيادات 10/ 339، والذخيرة 9/ 15.

(6) ينظر ص290، 291.

قوله: ﴿ولوْ أَعَادَهُ عَلى حَالِهِ أَخَذَهُ بِغيرِ عِوَضٍ، وقيلَ: قِيمَتُهُ﴾.

القول الأول: جارٍ على مذهب أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ الذي يقول: عليه إعادته مصوغاً كما كان[1].

والقول الثاني: منصوص عليه في كتاب «ابن المواز»[2]، وهو جارٍ على قول من قال: يلزمه في إفساده المَصوغ قيمته، وأما الجاري على قول من يقول: قيمة الصياغة. فمُشكل، ويمكن أن يقال: هو القول الأول؛ لأنَّا إنما حكمنا بقيمة الصياغة قبل أن تُفعل، وأما بعد أن فُعلت، فالقضاء بها أولى من القضاء بقيمتها، ولا سيما وثَمَّ قول مشهور، أن الصنعة في المثلي لا تُخرِجه عن أصله؛ بل يبقى على حكمه من ذوات الأمثال.

قوله: ﴿وعَلَى غَيرِهَا فَقِيمَتُهُ﴾.

يعني: فلو رده الغاصب على غير الحال التي كان عليها فيلزم فيه القيمة[3]، وهذا بيِّن على القول بأن في إتلاف المَصوغ قيمته لا مثله، أما على قول من قال: الواجب في ذلك هو المثل، فلا شك في لزومه هنا، وهذا كله ظاهر إذا ردَّه الغاصب على حال بعيدة من الحال الأولى، فإن ردَّه على حال تقرب من الأولى؛ ولكن ليست مثلها، فينبغي أن يُخيَّر في أخذه على حاله أو أخذ قيمته، والله أعلم.

قوله: ﴿ولَوْ اشْتَرَاهُ عَالِماً[4] بِغَصبِهِ، فَكَسَرَهُ وَرَدَّهُ عَلَى حَالِهِ، لَمْ يَأْخُذْهُ رَبُّهُ إلاَّ بِقِيمَةِ صِياغَتِهِ؛ لأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ﴾.

يعني: أن المشتري لو كان عالماً بأن البائع غاصب، ثم اشترى منه، فإن حكمه مخالف[5] لهذا ـ وهو كذلك ـ فإن حكمه حينئذ يكون وحكم

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 334، 335، والمنتقى 5/ 279، والجواهر الثمينة 2/ 748، والذخيرة 8/ 321.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 334، 335، والمنتقى 5/ 279، والجواهر الثمينة 2/ 748.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 324، والجواهر الثمينة 2/ 748.

(4) في «ق»: (غير عالم). وكذلك في نسخة المختصر الموجودة بمركز الجهاد الليبي.

(5) في «ج»: (ليس مخالف).

الغصب سواء، وقد سبق. وما قاله المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ من أن ربه لا يأخذه من يد المشتري إلا بعد غرم قيمة الصياغة، فهو بناء على أن المشتري لا شيء عليه في الإتلاف، وهو المنصوص في هذا الفرع بعينه وفي الدار يهدمها، بخلاف الشاة يذبحها، والثوب يقطعه، والعصا يكسرها، وشبه ذلك[1] ـ وهو مشكل ـ وأصل المذهب أن كل ما أتلفه المشتري متعمداً فإنه يضمنه، سواء انتفع به أو لم ينتفع، وما أتلف بأمر من الله ـ تعالى ـ فلا شيء عليه فيه[2]، وما أتلفه خطأ فقولان أشهرهما: أنه يضمن[3]. فقول المؤلف في توجيه هذا الفرع مُحتمل لوجوه كثيرة تركناها اختصاراً.

قوله: ﴿ ولَوْ طُحِنَ القَمحُ فَمِثلُهُ، وقالَ أشْهَبُ: ولَهُ أَخْذُهُ بِغَيْرِ غُرْمٍ ﴾.

يريد: لو طحن الغاصب القمح الذي غصبه لم يكن لربه إلا مثله، وليس له أخذ دقيق ذلك القمح، لا بعوض عن طحنه ولا بغير عوض، هذا مذهب ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في «المدونة» وغيرها[4]. وقال أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ: هو مخير، بين أن يضمن له مثل ذلك القمح ويدع له الدقيق، وبين أن يأخذ دقيقه بغير عوض[5]. هكذا فهم بعض الشيوخ قول أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ وأنه يوافق ابن القاسم على تضمين مثل القمح، وهو الذي تدل عليه (الواو) من **قول المؤلف** رَحِمَهُ اللَّهُ: **(وله أخذه)**. فإنها تستدعي تقدم معطوف عليه فيكون للمغصوب منه الخيار بينه وبين المعطوف، والقولان معاً لمالك رَحِمَهُ اللَّهُ والنَّفس أسكن لما قاله أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ ولذلك لم يجزم ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب الغصب من «المدونة» بلزوم مثل القمح فقال: «ومن غصب حنطة فطحنها دقيقاً، فأحبُّ ما فيه إليَّ أن يضمن مثل الحنطة»[6]. وقال في كتاب القطع: «ولو طحنها سَويقاً ولَتَّه[7]،

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 336، والجواهر الثمينة 2/ 748.

(2) ينظر: المدونة 14/ 352.

(3) ينظر: الذخيرة 9/ 48.

(4) ينظر: المدونة 14/ 363، والنوادر والزيادات 10/ 324، والمنتقى 5/ 277، والجواهر الثمينة 2/ 749.

(5) ينظر: المنتقى 5/ 277، والجواهر الثمينة 2/ 749، والذخيرة 9/ 12.

(6) المدونة 14/ 363.

(7) اللتات: هو بلُّ السويق بالماء أو السمن ونحوهما. ينظر: لسان العرب 2/ 83، (لتت).

ثُم قطع ولا مال له غيره، فأبى رب الحنطة من أخذ السَّويق[1]، فليُبع ويُشترى له من ثمنه مثل حنطته»[2]. وظاهره أن لرب الحنطة أخذ السَّويق جبراً[3] بعد لتَاته؛ ولكنه لفظ اختصر عليه في[4] «المدونة» بعض الشيوخ، والصواب خلافه، على نحو ما وقع في الأصل، وهو إن قال رب الحنطة: أنا آخذ السَّويق. فهو مثل ما وصفنا، يُباع السَّويق ويُشتَرى له من ثمنه مثل حنطته، وهو الذي نص عليه ابن القاسم وأشهب في كتاب «محمد»: «أن ليس لرب الحنطة آخذ السَّويق، ولكن يباع ويشترى له من ثمنه مثل حنطته، وما فضل للسارق، وما عجز فلا يتبع لعُدمه»[5]. قال بعض الشيوخ: «ويجوز لرب القمح أخذ السَّويق ملتوتاً عوضاً عن الحنطة[6] إذا رضيا؛ لجواز بيع الحنطة بالسَّويق متفاضلاً، ولو غصبه سَويقاً فإنما عليه مثله، ولا يجوز أن يتراضيا بأخذه، ويعطيه ما لتَّه به للتفاضل بين الطعامين من نوع واحد»[7].

قوله: ﴿ولَوْ اسْتهلَكَ غَزَلاً فَقِيمَتُهُ، وقِيلَ: مِثْلُهُ﴾.

القول الأول لابن القاسم[8]، والقول الثاني لغيره[9]، وهما معاً في كتاب تضمين الصنَّاع من «المدونة»[10]، وقد تقدمت الإشارة إلى وجه كل واحد منهما.

قوله: ﴿والمُقَوَّمُ كالْحَيَوَانِ والرَّقِيقِ والعُرُوضِ، تَتلَفُ بِآفَةٍ سَمَاوِيَّةٍ، تُضْمَنُ[11] قِيمَتُهَا يَومَ الغَصبِ، وقَالَ أَشْهبُ: بالأكثَرِ مِنْ الغَصبِ إلى التَّلَفِ﴾.

لمَّا انقضى كلامه في المثلي أخذ يتكلم في المُقوَّم، وهو ما عدا المثلي

---

(1) السَّوَيق: ما يتخذ من الحنطة والشعير. لسان العرب 10/ 170، (سوق).

(2) المدونة 16/ 287.

(3) في «ج»: (خبزاً).

(4) (في): سقطت من «ق».

(5) النوادر والزيادات 10/ 324، والمنتقى 5/ 277.

(6) في «ج»: (القمح).

(7) الذخيرة 9/ 12.

(8) ينظر: المقدمات 2/ 495، والمنتقى 5/ 278، والتاج والإكليل 5/ 35.

(9) ينظر: التفريع 2/ 278، والنوادر والزيادات 10/ 325.

(10) ينظر: المدونة 14/ 287.

(11) في «ق»، «خ»: (يضمن).

الذي تقدم، فيدخل في ذلك الحيوان والرقيق والعروض والمثلي الجُزاف، فإن ذلك كله يضمن بالقيمة على ما قدمناه[1]، ولو طلب المغصوب منه في الجُزاف أن يُقضى له بمكيلة أو وزن يتحقق أن الجزاف المستهلك لا يقصر عنها، ففي ذلك قولان[2]:

أحدهما: تمكينه من ذلك؛ لأن الأصل القضاء فيه بالمثل، وإنما عدل عن ذلك إلى القيمة لامتناع الاطلاع على حقيقة المماثلة في المكيل والموزون، فإذا طلب ما هو أقل من حقِّه لم يمنع من ذلك.

والقول الثاني: أنه لا يُمكَّن من ذلك؛ لأن نفس الاستهلاك أوجب القيمة، فليس للمغصوب منه تغيير هذا الحكم. ولون استهلك طعاماً في أيام الشدة وغلاء الطعام، ثم حُكِمَ عليه في رخاء ذلك الطعام، ففيه قولان[3]:

المشهور أنه لا يتغير الحكم، ويُقضى بالمثل.

والقول الآخر: أنه يُقضى عليه بقيمته حين غصبه في أيام غلائه.

ثم إذا أُتلِف المغصوب بأمر من الله تعالى وهو مقوَّم، فالمشهور أن القيمة في ذلك يوم الغصب ووضع اليد؛ لأنه سبب الضمان فوجب إضافة الحكم إليه، والشاذ أنه يضمن أعلى القيم؛ لأنه كل حين غاصباً، فلرب المغصوب أن يرفع عنه حكم العداء في زمن، ويأخذه به في زمن آخر، وهذا هو قول أشهب وعبد الملك وابن وهب فيما حكاه الشيخ أبو إسحاق بن شعبان عنهم[4]، وهو أقرب في النظر، والله أعلم.

وفي كلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ حذف مضاف في موضعين في **قوله**: **(من الغصب إلى التلف)**؛ أي: من يوم الغصب إلى يوم التلف.

قوله: ﴿ فَإِنْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ خُيِّرَ رَبُّهُ بَيْنَ القِيمَةِ مِنَ الجَانِي يَومَ الجِنَايَةِ، وبَيْنَ مَا علَى الغَاصِبِ مِنْهُ، بِخِلافِ الغَاصِبِ عَلَى المَشهُورِ ﴾.

يعني: فإن أتلف الأجنبي الشيء المغصوب وهو مُقوَّم، كان ربه بالخيار،

---

(1) ينظر ص290، 291.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 749.

(3) ينظر: الكافي 1/ 429.

(4) ينظر: المقدمات 2/ 492، والجواهر الثمينة 2/ 742.

بين أن يأخذ قيمته من الجاني يوم أتلفه، وبين أن يأخذ القيمة من الغاصب يوم الغصب على المشهور من القولين في المسألة السابقة، أو أكثر القيم على مذهب أشهب وعبد الملك وابن وهب[1]، وإلى هذا أشار **المؤلف** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **(وبيْن ما على الغاصب منه)**؛ لأن الذي على الغاصب منه هو الذي قدَّمه من القولين في المسألة السابقة، وأما **قوله**: **(بخلاف الغاصب على المشهور)**. فمعناه: بخلاف إتلاف الغاصب له، فإن الغاصب إذا أتلف المغصوب ففي ذلك قولان، المشهور منهما وهو مذهب ابن القاسم في «المدونة»: أنه ليس على الغاصب إلا القيمة يوم الغصب، ولا يلتفت إلى القيمة يوم القتل أو الإتلاف[2]. وقال سحنون رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «القتل فعل ثان»[3]. يُشير بذلك إلى أنه إذا كانت القيمة يوم القتل أكبر منها يوم الغصب، فللمغصوب منه أخذ الغاصب بذلك؛ لأنه مُتعدٍّ بالقتل كالأجنبي، وهذا ظاهر؛ إلا أن ابن القاسم لم يعتبر تعدد الأسباب في الضمان إذا كانت من فاعل واحد، واقتصر على السبب الأول منهما، ثم رجع سحنون إلى قول ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ ولابن القاسم ايضاً قولٌ آخر مثل قول سحنون الأول[4]، وسيأتي بقية الكلام على هذا المعنى حيث يشير إليه المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قوله: ﴿ ثُمَّ يَتْبَعُ الغَاصِبُ الجَانِيَ بِجَمِيعِ القِيمَةِ ﴾.

يعني: فإذا اختار المغصوب منه تغريم الغاصب، وترك طلب الجاني، فأخذ القيمة من الغاصب، كان للغاصب أن يطلب الجاني بقيمة المغصوب يوم الجناية[5] إذا كانت القيمتان متساويتين، فإن لم تكونا متساويتين، فهو ما يذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعد هذا.

فإن قلت: لِمَ قيَّدت كلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ بالتساوي؟

قلت: لأنه قابل هذا الكلام بما بعده، والذي بعده مختلف القيم، فوجب حمل مقابله على التساوي.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 327، 328، والجواهر الثمينة 2/ 742.

(2) ينظر: المدونة 14/ 342، والتاج والإكليل 5/ 281.

(3) المنتقى 5/ 274.

(4) ينظر: المنتقى 6/ 374.

(5) ينظر: التفريع 2/ 281، والجواهر الثمينة 2/ 752.

قوله: ﴿ فإِنْ كانَ مَا أخَذَهُ رَبُّهُ أَقَلَّ ممَّا يَجِبُ لهُ علَى الآخَرِ، فثَالِثُهَا المَشْهورُ: يأْخُذُ الزَّائِدَ مِنَ الغَاصِبِ لاَ مِنَ الجَانِي ﴾.

يعني: فإن أخذ رب المغصوب أقل القيمتين، إما من الغاصب وإما من الجاني، فهل له أن يرجع على الآخر الذي لم يأخذ منه القيمة فيتبعه بتمام أكثر القيمتين؟ في ذلك ثلاثة أقوال[1]:

أحدهما: أنه يرجع بذلك على من وجب عليه الأكثر، أيهما كان.

والثاني: أنه لا يرجع بذلك على واحد منهما.

والثالث: أنه إذا أخذ[2] أقل القيمتين من الجاني، رجع بالزائد على الغاصب، وإن أخذ الأقل من الغاصب، لم يرجع بالزائد على الجاني.

والقول بالرجوع مطلقاً هو ظاهر قول أشهب فيما حكاه عنه ابن المواز، ومقابله هو ظاهر كلام سحنون وإن لم يُصرِّح به، وإنما ذكر أن رب المغصوب إذا أخذ القيمة من الجاني وهي أقل، لم يرجع بتمامها على الغاصب، والقول الثالث مذهب ابن المواز، وتأوَّله بعضهم على ابن القاسم. قال ابن المواز: لأن المغصوب منه يقول: إنما أخذت من القاتل ما يجب عليه للغاصب، ولي على الغاصب أكثر منه، فصار كغريم غريمي. وألزم على هذا بعض القرويين أن لو كان للغاصب غرماء، لم يكن هذا أحق بما أخذ من الغرماء؛ لأنه إنما يأخذ ذلك عن الغاصب من غريم الغاصب، فهو أُسوة غرماء الغاصب؛ إلا أن يريد رفع الضمان عن الغاصب فلا يتبعه ببقية القيمة، ويكون أَوْلى بما أخذ من الجاني مِنْ غرماء الغاصب.

قوله: ﴿ وعَن ابنِ القَاسِمِ فيمَنْ سَاقَ[3] سِلْعَةً فَأَعْطَاهُ غَيرُ واحدٍ بِهَا ثَمَناً، فأُتلِفَتْ، ضَمِنَ مَا أُعْطِيَ بِهَا، وقالَ سُحْنُونٌ: قِيمَتَهَا ﴾.

ما حكاه المؤلف رحمه الله عن ابن القاسم رحمه الله هي روايته عن مالك في «العتبية»، وزاد: «إذا كان عطاءً قد تواطأ عليه الناس، ولو شاء أن يبيع باع.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 327، 328، والتاج والإكليل 5/ 281.

(2) (أخذ): سقطت من «ج».

(3) في «خ»: (ساوم).

وقال عيسى مفسرٌ: يضمن الأكثر من الثمن أو القيمة»[1]. قال القاضي ابن رشد: قول عيسى مفسِّراً لقول مالك، كذا هو المنصوص لمالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: فليس في المسألة إلا قولان[2].

قلت: قد حمل غيره هذه الأقوال على ظاهرها، ولم يجعل قول عيسى مفسِّراً لقول مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قوله: ﴿فإِنْ وَجَدَهُ فِي غَيرِ مَكَانِهِ، فثَالِثُهَا لابنِ القَاسِمِ: إِنْ كانَ حَيَوَاناً فَلَيْسَ لَهُ إِلاَّ أَخْذُهُ، وفِي غَيرِهِ: يُخَيَّرُ بَينَهُ وَبَيْنَ قِيمَتِهِ بِمَوْضِعِ الغَصْبِ﴾.

قد تقدم حكم نقل المغصوب المثلي، وهذا حكم نقل المقوَّم، وكلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ يُعطي أن القول الأول ليس لربه إلا أخذ عينه، وهذا قول سحنون[3]. والقول الثاني وهو قول أشهب: إن ربه يكون مخيراً بين أخذ عيْن شيئه، أو أخذ قيمته[4]؛ لأن القول الأول هو الجزء الأول من القول الثالث[5]، والقول الثاني هو الجزء الثاني من القول الثالث، على عادته في ترتيب الأقوال، وتصور القول الثالث ظاهر؛ إلا أن المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ نسبه لابن القاسم، وإنما هو رواية سحنون على ابن القاسم عن مالك في «المجموعة»[6]، والذي حكاه بعض كبار المشايخ عن ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن نقل الحيوان والعروض والطعام فوت يوجب له قيمة الحيوان والعروض، يأخُذه بها حيث لقِيه، ومثل الطعام ببلد الغصب[7]. فعلى هذا يكون في نقل المغصوب المقوم أربعة أقوال. قال في «المجموعة» بعد أن حكى القول الثالث: ومعنى هذا في الرقيق والدواب الذي لا يحتاج إلى الكراء

---

(1) البيان والتحصيل 11/ 231.
(2) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 231، 232.
(3) ينظر: المدونة 14/ 353، والنوادر والزيادات 10/ 319، والبيان والتحصيل 11/ 272، والمنتقى 5/ 273، والمقدمات 2/ 492، والجواهر الثمينة 2/ 747.
(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 319، والمنتقى 5/ 273، والمقدمات 2/ 492، والجواهر الثمينة 2/ 747.
(5) في «ج»: (الثاني).
(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 318، والمنتقى 5/ 273.
(7) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 272 ـ 283.

عليهم[1]. قال بعضهم: وعلى هذا، لو احتاج إلى الكراء لكان حكمهم حكم السلع[2]. وصوَّب ابن المواز قول أشهب وقيَّده بالبلدان البعيدة عن محل الغصب[3]، وهو الأظهر عندي؛ للضرر الداخل على المغصوب بإخراج ملكه عنه، أو لزومه نقله إلى بلد آخر، فيختار أخف الأمرين عليه.

قوله: ﴿ فلَوْ وَجَدَ الغَاصِبَ خَاصَّةً، فَلَهُ تَضْمِينُهُ ﴾.

يعني: فلو لقي المغصوب منه الغاصب في غير بلد الغصب، وليس معه الشيء المغصوب، فله تضمينه القيمة؛ لتعذر أخذ عيْن شيئه في الحال، وله الصَّبْر إلى البلد؛ لكن يُكلف الغاصب الخروج مع المغصوب منه أو مع وكيله؛ ليقبض منه المغصوب[4].

قوله: ﴿ ولو رَجَعَ بِالدَّابَّةِ مِنْ سَفَرٍ بَعِيدٍ بِحَالِها، لَمْ يَلْزَمْ سِوَاهَا عِنْدَ ابنِ القَاسِمِ، بِخِلَافِ تَعَدِّي المُكْتَرِي والمُسْتَعِيرِ، وفِي الجَمِيعِ قَولَانِ ﴾.

ستأتي مسألة «المدونة» التي يذكرها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ بعد هذا، ويعني: ولو سافر الغاصب بالدابة سفراً بعيداً، ثم ردَّها وهي على حالها لم تتغير، لم يكن على الغاصب شيء سِوى رد الدابة إلى يد ربها[5]، وهو مراده **بقوله: (سواها)**. بخلاف المكتري أو المستعير يزيدان في المسافة زيادة بعيدة، ثم يردان الدابة على حالها، فلربها أخذ الدابة، وله تركها وأخذ القيمة من المتعدي[6]. **ثم قال المؤلف** رَحِمَهُ اللَّهُ: **(وفي الجميع قولان)**[7]. يعني: قولين غير قول ابن القاسم:

أحد القولين ليس لربها إلا الدابة في الغصب والتعدي معاً، وليس له تضمين القيمة.

والقول الثاني هو مُخير في الجميع، بين أخذ الدابة وأخذ قيمتها.

---

(1) ينظر: المنتقى 5/ 273، والجواهر الثمينة 2/ 747.
(2) ينظر: الذخيرة 8/ 30.
(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 319، والبيان والتحصيل 11/ 272 ـ 282، والجواهر الثمينة 2/ 747.
(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 747.
(5) ينظر: المدونة 14/ 357، والبيان والتحصيل 11/ 261.
(6) ينظر: المدونة 14/ 357، والمنتقى 5/ 265، والذخيرة 9/ 31.
(7) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 261، والمنتقى 5/ 265.

واعلم أن وصف المؤلف هذا السفر بكونه[1] بعيداً يفيد فائدتين:

إحداهما: بحسب مفهوم الموافقة في الغاصب.

والثانية: بحسب مفهوم المخالفة في التعدي.

وذلك أنَّ ابن القاسم إذا قال في الغاصب يردُّ الدابة بحالها بعد أن سافر عليها سفراً بعيداً: ليس لربها إلا أخذها[2]. فأحرى أن لا يكون لربها إلا ذلك في السفر القريب، وإذا قال في المتعدي على الدابة في السفر البعيد: يكون ربها مخيراً. فلا يلزمه أن يقول ذلك في السفر القريب، وكذلك هو منصوص له إذا ردَّها بحالها، على نحو ما أشار إليه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ثُمّ هذا الحصر الذي أعطاه كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ حيث **قال: (لم يلزمه سواها)**. يحتمل أن ظاهره، فلا يكون على الغاصب كراء في سفره على الدابة، ويحتمل أن يريد به قيمة الدابة التي يكون رب الدابة مخيراً في التعدي، لا في كراء الدابة، وهذا التفريق الذي ذكره ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ هنا، مبني على أصل المذهب في الفرق بين الغصب والتعدي، والغاصب عندهم هو القاصد لتملك الرقبة، والمتعدي لا يقصد تملكها، وإنما يقصد تحصيل المنفعة لنفسه، كما فرَضَه في المكتري والمستعير، وقد يكون ممن لم يتقدم له إذن في وضع اليد، وفي معنى المتعدي عندهم: مُتلِف الشيء الذي لم يقصد إلى تملكه، كمن أحرق ثوباً أو قتَل دابة أو فقأ عينها أو قطَع يدها أو كسَر صحْفَة، ويعسر قيام الدليل على اعتبار هذه التفرقة؛ ولكنا نبهناك عليها، إذ لا يمكن فهم جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل؛ إلا بعد تصور هذه التفرقة، وتصور شيء من أمهات مسائله[3].

قوله: ﴿وفِيهَا: لَوْ نقَلَ الجَارِيَةَ إِلَى بَلَدٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا مِنْ رَبِّهَا فِي بَلَدٍ آخَرَ، جَازَ. وقالَ أَشْهَبُ: بِشَرْطِ أَنْ يَعْرِفَ القِيمَةَ ويبدلُ مَا يَجُوزَ فِيهَا، بِنَاءً عَلَى أَصْلَي السَّلامَةِ ووُجُوبِ القِيمَةِ﴾.

هذه مسألة كتاب الصَّرف[4]، وإنما ذكرها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا؛ لأنها

(1) (بكونه): سقطت من «ج».

(2) ينظر: المدونة 14/ 257، والمنتقى 5/ 265، والذخيرة 9/ 31.

(3) (إلا بعد تصور. . . أمهات مسائله): سقطت من «ج».

(4) ينظر: المدونة 10/ 387.

كالتفريع على ما قدَّمه قبل هذا بيسير، وهو قوله: فلو وجد الغاصب خاصة فله تضمينه[1]. فبيَّن هنا أن ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ يقول: للمغصوب منه أن يرفع عن الغاصب حكم الغصب ويستصحب حكم السلامة ويبيع الجارية من الغاصب، كما له أن يبيع منه ما استودعه، والذي قاله أشهب ـ وهو مذهب سحنون ـ أظهر؛ لأن رفع العداء وإن كان من حق رب الجارية، فليس من حقه عقد المعاوضة فيها على الغرر، وإلى مذهبهما مال ابن المواز رَحِمَهُ اللَّهُ[2]. وقد أشار في «المدونة» إلى غمْز[3] مسألة الجارية، وذلك أنه ذكر عن ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: أن من غصَبك دنانير فلا بأس أن تصرفها منه بدراهم يقبضها، ذكر أن الدنانير عنده حاضرة أو لم يذكر؛ لأنها في ذمته. قال: ولو غصبك جارية جاز أن تبيعها منه وهي ببلد آخر غائبة، وينقدك الثمن إذا وصفها؛ لأنها في ضمانه. قال: والدنانير في ذلك أبْين[4]. فأشار بقوله: والدنانير في ذلك أبْين. إلى الوجه الذي بنى عليه أشهب ومن وافقه منع المسألة، وذلك أن الجارية يحتمل أن تكون باقية على حالها، ويحتمل أن تكون حالها انتقلت، ويحتمل أن تكون تلفت، فالنَّقد فيها نقد في محتمل.

فإن قلت: هذا منقوض بالوديعة.

قلت: الفرق هو ما أشار إليه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ **بقوله: (ووجوب القيمة)**. وذلك أن الجارية هنا مضمونة بوضع اليد، بخلاف الوديعة، ولو صحَّ تشبيهها بالوديعة لَما صح صرف الدراهم والدنانير المغصوبة عند ابن القاسم؛ لأن صرف الوديعة الغائبة عن محل العقد لا يجوز عنده، وقد وافق هنا على جواز صرف المغصوب، وظهر لك من هذا الكلام معنى **قول المؤلف** رَحِمَهُ اللَّهُ: **(بناء على أصلي السلامة ووجوب القيمة)**. وقد أطال الأشياخ الكلام على هذه المسألة، وأشار المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ إلى أصل ذلك **بقوله: (ويبدل ما يجوز فيها)**. ودلَّت هذه المسألة أن ليس من شرط بيع المغصوب من الغاصب أن يخرج من

---

(1) ينظر ص304.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 320.

(3) أي: استضعفها. ينظر: لسان العرب 5/ 388.

(4) ينظر: المدونة 8/ 404.

يد الغاصب قبل ذلك، ويبقى بيد ربه ستة أشهر فأكثر، كما شرطه بعضهم.

قوله: ﴿ وإِذَا حُكِمَ بِالقِيمَةِ مَلَكَهُ الغَاصِبُ، فَلا رُجُوعَ لهُ فِي مِثْلِ الآبِقِ عَلَى المَشْهُورِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ مَوَّهَ، فَلَهُ الرُّجُوعُ ﴾.

يعني: أن الغاصب إذا زعم أن العبد المغصوب أبق منه أو ضلّت الدابة أو شبه ذلك، فقضي عليه بالقيمة، ثم وُجِد الآبق والدابة، فإن تبيَّن كذبه فيما زعمه فالمغصوب منه مُخير: في إمضاء تلك المعاوضة ويتمسك[1] بالقيمة ويمضي للغاصب ملك ما غصبه، أو ينقض تلك المعاوضة لأنه كالمكره عليها، ويرد القيمة للغاصب، ويأخذ منه الشيء المغصوب[2]، وإن لم يتبيَّن كذبه في ذلك؛ بل تبيَّن صدقه، فهل تمضي هذه المعاوضة، أو يكون مُخيراً كما ذكرناه في القسم المتقدم؟ في ذلك قولان[3]، والمشهور إمضاؤها، والشاذ التخيير، وبالقول الأول قال أبو حنيفة[4]. والقول الثاني قريب من مذهب الشافعي[5]، وسبب الخلاف: هل تلك المعاوضة وقعت عن عين[6] المغصوب، أو عن الحيلولة بين ربه وبينه، فإذا وجِد زالت الحيلولة؟ والأقرب هو الأول؛ لأن أصل المعاوضة إنما هي عن الأعيان. قال أشهب: «إذا لم يعلم أن الغاصب موَّه بذهابها، فيحلف أنه ما كان أخفاها عن ربها، ولقد كانت فاتت من يده، فإن حلف، بقيت له إذا كانت على الصفة التي حلف عليها»[7]. قال ابن القاسم: «إلا أن تظهر أفضل من الصفة بأمرٍ بيِّن فلربها الرجوع بتمام القيمة، وكأن الغاصب لزمته القيمة فجحد بعضها»[8]. ووافقه

---

(1) في «ج»: (أو يتمسك).

(2) ينظر: المدونة 14/ 349، والمعونة ص1221، والتلقين 2/ 440، والجواهر الثمينة 2/ 749.

(3) ينظر: المدونة 14/ 349، والمعونة ص1221، والتلقين 2/ 440.

(4) ينظر: المبسوط للسرخسي 13/ 26، وبدائع الصنائع 7/ 152، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 149.

(5) ينظر: الأم 3/ 242، والوسيط 3/ 398.

(6) في «ج»: (غير المغصوب).

(7) النوادر والزيادات 10/ 358، والذخيرة 8/ 301.

(8) نفس المصدر والصفحة.

على هذا أشهب، قال أشهب: «ومن قال أن له أخذها فقد أخطأ، كما لو نكَل الغاصب عن اليمين في صفتها، وحلفت على صفتك ثم ظهرت على خلاف ذلك كنت قد ظلمته في القيمة، فيرجع عليك بما تزيدت عليه، ولا يكون لك رد الجارية»[1].

قوله: ﴿والقَولُ قَولُ الغَاصِبِ فِي تَلَفِهِ وصِفَتِهِ ومَبلَغِهِ﴾.

يعني: إذا زعم الغاصب أن الشيء المغصوب قد تلف، فالقول قوله في ذلك مع يمينه، وكذلك إذا اختلف مع ربه في صفته أو في مقداره[2]؛ لأنه المطلوب في جميع هذه الوجوه، وهو غارم، فهو المدعى عليه؛ لكن وقع في بعض هذه الوجوه خلاف. قال في «المدونة»: من غصب جارية وادعى هلاكها، واختلفا في صفتها، صُدِّق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن جاء بما لا يشبه صُدِّق المغصوب منه في الصفة مع يمينه[3]. قال أشهب: «ولا يراعى في هذا ما يشبه[4]، فلو قال: كانت بكماء صماء عمياء، صُدِّق مع يمينه»[5]. وحكي عن بعضهم أن يراعى في هذا الوجه دعوى الأشبه[6]. وقال مالك رَحِمَهُ اللهُ في «المدونة» فيمن غصب وانتهب صُرَّة ببينة ثم قال: فيها كذا. والمغصوب منه يدّعي أكثر «فالقول قول الغاصب مع يمينه»[7]. وقال مالك رَحِمَهُ اللهُ من رواية ابن القاسم عنه في «العتبية»: «ومن انتهب صُرة من رجل ونَاس ينظرون إليه قد أخذها، فطولب، فطرحها في مثْلَف، فادعى ربها عدداً وأكذبه الآخر ولم يفتحها ولا يدري المنتهب كم فيها، أو لم يطرحها، ثم يختلفان، فالقول قول المنتهب مع يمينه. ومطرف وابن كنانة وأشهب يقولون في هذا وشبهه: القول قول المنتهب منه إذا ادعى

---

(1) النوادر والزيادات 10/ 358.

(2) ينظر: المدونة 14/ 351، والكافي 1/ 434، والجواهر الثمينة 2/ 705، والقوانين الفقهية ص 218.

(3) ينظر: المدونة 14/ 351.

(4) (فإن جاء... ما يشبه): سقطت من «ق».

(5) النوادر والزيادات 10/ 358، والذخيرة 8/ 300.

(6) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 232، والجواهر الثمينة 2/ 705، والذخيرة 8/ 300.

(7) المدونة 14/ 351.

ما يشبه، وأن مثله يملكه»[1]. ولغير واحد من الشيوخ في هذه المسألة اختيارات، وهي ترجع إلى مرعاة دعوى الأشبه[2].

قوله: ﴿ ولَوْ وَلَدَتْ ثُمَّ مَاتَ الوَلَدُ، فَفِي نَفي الضَّمَانِ فِيهِ: قَولاَنِ لابنِ القَاسِمِ وأَشْهَبَ ﴾.

يعني: فلو ولدت الأَمَة المغصوبة عند الغاصب ثم مات الولد[3]، فاختلف المذهب: هل يضمنه الغاصب أو لا؟ على قولين[4]. قال ابن القاسم: لا يضمنه. وهو مذهب أبي حنيفة[5]. وقال أشهب: يضمنه. وهو مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[6]، وهما على تغليب شبه الغصب في الولد، أو شبه الوديعة؛ لأن الذي باشره الغصب إنما هو الأُم وحدها، وكذلك اختلف ابن القاسم وأشهب إذا ماتت الأم وولدها معاً، فقال ابن القاسم: لا يضمن إلا قيمة الأم خاصة. وقال أشهب: يضمن مع ذلك قيمة الولد[7]. ويترجح مذهب ابن القاسم في هذه الصورة، بأن الغاصب إذا ضمن قيمة الأم فإنما يضمنها يوم وضع اليد، وهي تصير على ملكه من يومئذ، فيكون ولدها نشأ على ملكه، فلا تلزمه فيه القيمة، وإذا ماتت الأم وحدها، فاشهب يقول: يأخذ ربها قيمتها مع عين الولد، وابن القاسم يقول: ليس له إلا أخذ القيمة دون الولد، أو أخذ الولد دون القيمة[8]. وإن وجِدا معاً، فاتفق ابن القاسم وأشهب على وجوب ردهما معاً[9]. وقال أبو القاسم السيوري وغيره من الشيوخ: الولد غلة لا يلزم رده، وحيث ألزمنا الغاصب قيمة الولد، فالمعتبر

---

(1) البيان والتحصيل 11/ 346.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 232، 233، والذخيرة 8/ 304.

(3) (الولد): سقطت من «ج».

(4) ينظر: المدونة 14/ 346، والنوادر والزيادات 10/ 43، والبيان والتحصيل 1/ 238، والذخيرة 8/ 306.

(5) ينظر: المبسوط للسرخسي 11/ 70، والبحر الرائق 8/ 129، وبداية المبتدي 1/ 206.

(6) ينظر: المهذب 1/ 370، والوسيط 3/ 419، والمجموع 9/ 354.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 343، والذخيرة 8/ 306.

(8) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(9) ينظر: الذخيرة 8/ 306.

فيها يوم ولادته[1]. وخرَّج فيها بعض الشيوخ قولاً باعتبار أعلى القيم[2]، على ما تقدم عن أشهب وابن وهب وعبد الملك، ورُدَّ[3] عليه: بأن الولد هنا قيل فيه أنه غلة لا يلزم رده لو كان موجوداً، فلا يمتنع أن يراعى فيه هذا الخلاف، وتسقط زيادة أعلى القيم على قيمته يوم الولادة، والضمير المجرور من كلام المؤلف هنا راجع إلى الولد، ومراده أن الخلاف في نفي الضمان مقصور على الولد ولا يتعدى إلى الأم، وهو كلام صحيح إن كانت الأم موجودة، وأما إن ماتت مع الولد أو ماتت وحدها، فقد قدمنا الآن القولين في ذلك.

قوله: ﴿ ولَوْ قَتَلَهُ ضَمِنَهُ ﴾.

هذا ظاهر؛ لأن قتله موجب لضمانه، سواء قلنا أنه قبْل ذلك مغصوب أو يشبه الوديعة، غير أن من يراه كالوديعة فالجاري على مذهبه أن قيمته يوم القتل، ومن يراه مغصوباً، يكون حكمه في القيمة حكم المغصوب يقتله الغاصب، وقد تقدم[4].

قوله: ﴿ وإِذَا تَعَيَّبَ بِسَمَاوِيٍّ، فَلِيسَ لَهُ إِلاَّ قِيمَتُهُ أَوْ أَخْذُهُ بِغيرِ شَيءٍ ﴾.

يعني: إذا تعيَّب المغصوب عند غاصبه بأمر من الله سبحانه، ليس بفعل الغاصب ولا بجناية جانٍ عليه، فإن المغصوب منه يكون مخيراً بين شيئين[5] لا ثالث لهما، وهما: غُرم قيمة المغصوب يوم الغصب، أو أخذه على عيبه[6] ولا يضمن الغاصب قيمة العيب[7]؛ لأن المغصوب منه كان قادراً على تضمين الغاصب جميع القيمة فتركها، هذه حُجَّتهم في هذا الموضع، واختلفوا في اعتبار هذه الحجة في المتعدي، وظاهر كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ التسوية في هذا

---

(1) ينظر: الذخيرة 8/ 307.
(2) ينظر نفس المصدر والصفحة.
(3) في «ج»: (وزاد).
(4) ينظر ص 307.
(5) (شيئين): سقطت من «ج».
(6) ينظر: التفريع 2/ 275، والمعونة ص1216، والبيان والتحصيل 11/ 247، والمقدمات 2/ 491، وبداية المجتهد 2/ 266، والجواهر الثمينة 2/ 751.
(7) (أو أخذه... قيمة العيب): سقطت من «ج».

الموضع بين العيب اليسير والكثير، وذلك المشهور من المذهب[1]، وحكى ابن الجلاب[2] قولاً آخر: أنه لا يضمن المغصوب بحدوث عيب يسير[3]. ولا فرق على هذا القول بين المتعدي والغاصب من هذا الوجه، وإن كان هناك وجوه أُخر وقعت التفرقة بينها من جهتها، وقد ذُكِر هناك للمشهور وجه ضعيف أضربنا عنه لضعفه. وفي كتاب «ابن المواز»، في غاصب دار انهدم بعضها في يده، فإنه لا يضمن جملة قيمتها، وإنما يضمن قيمة ما انهدم منها، أو يأخذه على ما هو عليه، وإن انهدم جُلُّها ضمن الغاصب قيمتها[4]. فقال بعض الشيوخ: هو مثل ما ذكره ابن الجلاب. وردَّ عليه غيره من الشيوخ: بأنه يحتمل أن يرى في هذا القول بيوت الدار كسلع متعددة، فلا يضمن جملتها بهلاك بعضها. وفي هذا الرد عندي نظر؛ لأنه لو راعى ابن المواز هذا لَمَا فرَّق بين انهدام جُل الدار وبين ما هو دون ذلك، وقد تبيَّن من هذه المسألة أن حكم الغصب يخالف حكم التعدي من وجهين[5]:

أحدهما: أن الغاصب لا يضمن قيمة العيب الحادث عنده بسماوي، والمتعدي قد يضمن قيمة النقص.

والثاني: لا فرق بين العيب اليسير والكثير في الغصب، ويعتبر الفرق بينهما في التعدي.

قوله: ﴿وبِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ، لَهُ أَخْذُهُ واتِّبَاعُ الأَجْنَبِيِّ، أَوْ أَخْذُ قِيمَتِهِ مِنَ الغَاصِبِ يَومَ الغَصْبِ، ثُمَّ يَتبَعُ الغَاصِبُ الأَجْنَبِيَّ﴾.

يعني: إذا تعيب المغصوب بجناية أجنبي غير غاصبه، فربُّه مُخيَّر بين شيئين[6]:

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 333.

(2) هو أبو القاسم عبيد الله بن الحسن البصري، المعروف بابن الجلاب، تفقه بالشيخ أبي بكر الأبهري. وله عدة تصانيف منها: كتاب «التفريع»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (378هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص170، والديباج 1/ 146.

(3) ينظر: التفريع 2/ 275.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 350.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 755، 756.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 329، والتفريع 2/ 275، والكافي 1/ 429، =

أحدهما: أخذ عين شيئه، واتباع الأجنبي بقيمة عيب الجناية.

والثاني: أخذ قيمة المغصوب من الغاصب، ثم يكون للغاصب إذا أُخذت منه القيمة أن يتبع الجاني الأجنبي بما كان لرب المغصوب اتباعه به، وليس للمغصوب[1] منه أن يُضمِّن الغاصب قيمة عيب هذه الجناية؛ لقدرته على تضمينه القيمة كاملة، هكذا نص عليه[2] في «المدونة»[3]، وأشار إلى وجهه. قال بعضهم: ولو كانت جارية قيمتها يوم الغصب عشرون، ونقصها عيب الجناية النصف، فأخذها ربها وما نقصها ـ وذلك عشرة ـ نُظِر إلى قيمتها يوم جناية الأجنبي عليها، فإن كانت قيمتها حينئذٍ مائة، وقيمتها مقطوعة خمسون، أخذ ربها من الجاني خمسين، فأعطى منها للغاصب عشرة، وأخذ البقية[4]. قال بعضهم: وهذا على مذهب أشهب الذي يرى أن الغاصب لا يربح[5].

قلت: لا شك أن هذا الكلام مخالف لمذهب ابن القاسم في «المدونة»؛ لأنه مكَّن رب الجارية من أخذها مع نقصها العيب، وهو خلاف ما حكيناه الآن.

قوله: ﴿ وانْكِسَارُ الثَّنْيَيْنِ عَيبٌ ﴾.

لا شك أن العيب الكثير على ما تقدم موجب لخيار المغصوب منه، واختلف في العيب اليسير على ما قدمناه[6]، وذكر أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ في انكسار الثديين ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يُوجب الخيار للمغصوب منه. وعلى المشهور أنه لا فرق بين العيب اليسير والكثير[7]، [و][8]لا يحتاج أن ينظر في

= والمقدمات 2/ 422، وبداية المجتهد 2/ 267، والجواهر الثمينة 2/ 751.

(1) (للغاصب... للمغصوب): سقطت من «ج».

(2) (عليه): سقطت من «ق»، «خ».

(3) ينظر: المدونة 14/ 342.

(4) ينظر: بداية المجتهد 2/ 267، والذخيرة 8/ 298.

(5) ينظر: الذخيرة 8/ 298.

(6) ينظر ص311.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 317، والمنتقى 5/ 274، والذخيرة 8/ 332.

(8) ما بين معقوفين زيادة رأيت أنها ضرورية لاستقامة الكلام.

هذا العيب من أي القسمين هو. وقد استغنى المؤلف رحمه الله بهذه المسألة عن مسألة «المدونة» المذكورة في هذا الفصل: «إذا غصب أمَةً شابة فهرمت عنده، أن ذلك فوت يوجب لربها قيمتها. قال: لأن الهَرَمَ كعيب مُفسد أصابها عند الغاصب»[1]. وظاهر هذا أن لا خيار لربها في أخذها؛ لكن أشهب رحمه الله تمم المسألة فذكر أن لربها الخيار ـ على ما تقدم واستشكل بعض الشيوخ قول أشهب في انكسار الثديين من حيث لم يجعل ما حدث من النَّماء فيها ـ وهو نشوز قِدها ـ جابراً لعيب انكسار الثديين[2].

قوله: ﴿أمَّا لَوْ نَقَصَ سُوقُهَا مِنْ عَشَرَةٍ إِلَى دِرْهَمٍ ولَمْ تَتَعَيَّب، لَمْ يَلزَمْهُ سِواهَا علَى المَشْهُورِ كَمَا لَوْ زَادَ﴾.

يعني: أن المذهب اختلف على قولين في تغير سوق المغصوب بنفس، هل هو موجب لخيار المغصوب منه، كتغير العين بنقص[3]؟ فالمشهور أنه ليس موجباً لخياره، حتى لو انتقلت سوق المغصوب من عشرة إلى درهم[4]، والشاذ أن ذلك موجب لخياره[5]. قال ابن عبدوس: وروى ابن وهب عن مالك رحمه الله أن الغاصب يضمن بحوالة الأسواق[6]. وذكر ذلك ابن الحارث[7]، ومع هذا القول لا يحتاج إلى تخريج الخلاف في المسألة من مسألة التعدي في الكراء، ولا من مسألة حبس الغاصب، ولا إلى استقراء الخلاف من مسألة «المدونة»، حيث قال ابن القاسم: لولا ما قاله مالك رحمه الله لرأيت أن الغاصب والسارق مثل المستعير[8]. ويقرب من رواية ابن وهب هذه، ما في «ثمانية أبى زيد»، فيمن

---

(1) المدونة 14/ 347.
(2) ينظر: الذخيرة 9/ 10.
(3) (هل هو موجب... بنقص): سقطت من «ج».
(4) ينظر: المدونة 14/ 345، والنوادر والزيادات 10/ 316، والتفريع 2/ 275، والكافي 1/ 428، والمنتقى 5/ 273، والجواهر الثمينة 2/ 751.
(5) ينظر: الذخيرة 8/ 265 ـ 296.
(6) ينظر: الذخيرة 8/ 265.
(7) هو أبو عبد الله محمد بن حارث الخشني، تفقه بالقيروان، ثم استوطن قرطبة وولي الشورى لها، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (631هـ). ينظر: الديباج 1/ 259، وشجرة النور ص94.
(8) ينظر: المدونة 14/ 358.

غصب دابة في المدينة، فسار بها إلى مكة، ثم أعادها لربها وهي أحسن حالاً مما أخذها، فإن لربها تضمين قيمتها له، لكنه لم يقتصر على هذا وزاد فقال: لو حبسها مدة هذه المسافة ولم يسافر بها، لم يضمن قيمة جميعها[1]. فلم يرَ حوالة الأسواق موجباً للضمان حتى يقارنها تَعدٍّ على المنفعة، والظاهر في النظر هو القول الشاذ؛ لأن حوالة الأسواق بالنقص ـ ولا سيما في المثال الذي ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ـ لا تقصر على العيب اليسير.

فإن قلت: **قول المؤلف** رَحِمَهُ اللَّهُ: **(كما لو زاد)**. هل هو حجَّة للمشهور عند المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ فكأنه يقول ـ على هذا التقدير ـ: لا يعتبر النَّقص كما لم تعتبر الزيادة بجامع حوالة الأسواق، وتكون زيادة السوق في هذه المسألة متفقاً على عدم اعتبارها، أو مراده تشبيه مسألة مع حكمها، بمسألة أخرى مع حكمها، فتكون الزيادة ـ على هذا التقدير ـ مختلفاً في عدم اعتبارها؟

قلت: الأقرب هو الوجه الأول؛ لأنَّا لم نجد الخلاف منصوصاً عليه في المذهب إلا في نقص السوق وحده.

قوله: ﴿ وفِي كَوْنِ جِنَايَةِ الغَاصِبِ كالأَجْنَبِيِّ قَولاَنِ، لابنِ القَاسِمِ وأَشْهَبَ، واسْتُشْكِلَ الفَرْقُ بَينَهُ وبَينَ القَتلِ ﴾.

يعني: أن المذهب اختلف على قولين في جناية الغاصب على العبد المغصوب، بأن يذهب بعض أعضائه، فقال ابن القاسم: جنايته عليه كجناية الأجنبي، فيكون ربه مخيراً بين أخذ قيمته يوم الغصب بحكم الغصب، أو يأخذ العبد مع نقصه بحكم التعدي[2]. وهذا هو اختيار مطرف وابن الماجشون وابن كنانة. وقال أشهب: ليس لربه إلا أخذه على حاله بغير عوض للقطع، أو أخذ قيمته[3]. وهذا هو اختيار[4] ابن المواز[5]، وإليه ذهب

(1) ينظر: التاج والإكليل 5/ 285.
(2) ينظر: المدونة 14/ 354، والبيان والتحصيل 11/ 247، والمقدمات 2/ 491، وبداية المجتهد 2/ 266، والجواهر الثمينة 2/ 742.
(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 333، والمقدمات 2/ 492، وبداية المجتهد 2/ 266، والجواهر الثمينة 2/ 743.
(4) (وابن الماجشون. . . هو اختيار): سقطت من «خ».
(5) ينظر: المعونة ص1216، وبداية المجتهد 2/ 266.

سحنون، وذلك أنه قال بإثر قول ابن القاسم هذا خلاف ما قاله ابن القاسم في القتل: «أن عليه قيمتها يوم الغصب لا يوم القتل، وقد تزيد قيمتها يوم القتل، وقد يكون فيما نقص القطع منها يوم القطع مثل قيمتها أو أكثر يوم الغصب، فيأخذها ومثل قيمتها، فيأخذ في اليد ما لا يأخذ في النفس. قال: والذي أرى، إنما له أن يأخذها ناقصة فقط، أو قيمتها يوم الغصب»[1].

قلت: وقد تقدم أن لابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ قولاً آخر في القتل مثل ما قاله هنا في قطع عضو من أعضاء المغصوب[2]، وحكى بعضهم عن سحنون أنه يقول بمثل قول ابن القاسم؛ إلا أنه يأخذ قيمة ما نقَص يوم الغصب لا يوم الجناية[3]، وهذا القول خلاف ظاهر ما قلناه أولاً عن سحنون؛ ولكنه لا يبعد رد ذلك إلى هذا، والله أعلم.

وأما **قول المؤلف** رَحِمَهُ اللَّهُ: **(واستشكل إلى آخره)**، فمعناه ما قدمناه الآن عن سحنون[4]، في إنكاره عن ابن القاسم، وكذلك أنكر عليه ابن المواز، وفرَّق ابن القاسم بأن القتل إتلاف لجميع الذات، وذلك موجب للتضمين، فيضمن قيمة المغصوب يوم وضع يده عليه، وأما قطع اليد وشبهه، فإنه لا يذهب عين المغصوب، وإذا بقيت عينه فقد يكون لربه فيها غرض في طلب عينه، فلا يُباع عليه السالم من العبد بغير اختياره[5].

قلت: وقد يقال أنه يلزم ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ الذي جعل لرب العبد أخذ الغاصب بحكم التعدي، أن يخيِّره أيضاً في أخذ قيمة العبد يوم قطع اليد؛ لأن ذلك أحد ما يجب له، ولا أعلم من قاله في هذه الصورة، والله أعلم.

وألزم بعض الشيوخ على ما قاله سحنون رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّ[6] لرب العبد أن يطالب الغاصب بما نقصه القطع يوم الغصب، أن يقول ذلك إذا كان القطع

---

(1) النوادر والزيادات 10/ 333، والبيان والتحصيل 11/ 249.

(2) ينظر ص301.

(3) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 249، والمقدمات 2/ 491، والجواهر الثمينة 2/ 743.

(4) (ولكنه لا يبعد... الآن عن سحنون): سقطت من «خ».

(5) ينظر: المعونة ص1213، والبيان والتحصيل 11/ 248.

(6) (أن): سقطت من «ج».

بأمر من الله تعالى لا تسبب للغاصب فيه[1]، فانظر في ذلك.

قوله: ﴿ ولَوْ قُتِلَ العَبْدُ قِصَاصاً ضَمِنَ ﴾.

تقدم أن الغاصب يضمن[2] المغصوب بسبب وضع اليد، سواء كان تلف المغصوب بفعل الغاصب، أو بأمر من الله تعالى لا تسبب لأحد فيه، فلذلك يضمن الغاصب العبد المغصوب إذا اقتُص منه في النفس أو فيما دونها مما ينقص قيمته[3].

قوله: ﴿ فإنْ تَعَلَّقَ أَرْشٌ بِرَقَبَتِهِ، فَقَالَ ابنُ القَاسِمِ: كَعَيْبِ سِلعَةٍ، فَإِنْ أَخَذَ القِيمَةَ فَلِلْغَاصِبِ إِسْلاَمُهُ أَوْ فِدَاؤُهُ، وإِنْ أَخَذَهُ سَيِّدُهُ فَكَذَلِكَ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يُسلِمُهُ السَّيِّدُ، أَوْ يَفْدِيهِ أَوَّلاً ثُمَّ يَرْجِعُ بالأَقَلِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ جِنَايَتِهِ ﴾.

لمَّا تكلم على الجناية الموجبة لقتل العبد قصاصاً، تكلَّم على ما دون ذلك من الجنايات، فإذا جنى العبد المغصوب جناية يتعلق أرشها[4] برقبته لا بذمته، فذلك عيب حدث بالمغصوب. قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ هو كسائر العيوب التي تحدث بالمغصوب، فيكون ربه بالخيار: بين تضمين الغاصب أو رفع الضمان عنه، فإن اختار تضمينه أخذ منه القيمة يوم الغصب، ويكون الغاصب حينئذ كالمالك للعبد حقيقة، فيكون مُخيَّراً بين إسلامه للمجني عليه أو افتكاكه قطعاً[5]. ولا شيء لسيد العبد على الغاصب عند ابن القاسم غير ما ذكرنا. وقال أشهب: يُخيَّر سيد العبد كما قال ابن القاسم في إسلامه للمجني عليه أو افتدائه[6]. وأي الوجهين اختاره كان له بعد ذلك الرجوع على الغاصب بأقل الأمرين: قيمة العبد، أو أرش جنايته[7]؛ لأنه إن كان الأرشُ أقل من القيمة،

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 334.

(2) (يضمن): سقطت من «ج».

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 352، والكافي 1/ 429.

(4) الأَرْشُ: المال الواجب فيما دون النفس، وأرش الجراحة: ديتها. وأصله الفساد، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها. التعاريف 1/ 50.

(5) ينظر: المدونة 6/ 376، والنوادر والزيادات 10/ 352، والبيان والتحصيل 11/ 281، والجواهر الثمينة 2/ 752.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 352، والبيان والتحصيل 11/ 281، والجواهر الثمينة 2/ 752.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 352، والبيان والتحصيل 11/ 281.

فهو القدر الذي أدخله الغاصب فيه، وإن كانت قيمة العبد أقل من الأَرْشِ، فلا يلزم بسبب الجناية إلا ذلك حقيقة، فيزول عيب العبد الحادث بسبب الجناية إذا أخذ ذلك المجني عليه. قال بعض الشيوخ: ويُحمَل كلام أشهب على أن الجناية التي جناها العبد كانت خطأ، فإذا خلَص منها بغرامة أرشها، لم يبق بعد ذلك عيب. قال: وأما لو كانت عمداً، فهو عيب لازم للعبد[1]. ولا يتصور هذا التوجيه فيه.

قوله: ﴿ وإِنْ صَارَ العَصِيرُ خَمْراً، فَعَصِيرٌ مِثْلُهُ ﴾.

هذا ظاهر؛ لأن صفته انقلبت إلى ما لا يحِل تملكه، فيغرم لربه مثله إن علم كيله، وإن لم يعلم كيله ضمن قيمته، ثم يُراق[2] الخمر على الغاصب إن كان الغاصب مسلماً[3]، وإن كان ذمياً ففيه نظر يأتي ما يؤخذ ذلك منه.

قوله: ﴿ وخَلاًّ خُيِّرَ فِيهِمَا ﴾.

يعني: ولو صار العصير المغصوب خلّاً، خُيِّر ربه بين أخذ ذلك الخلِّ، وبين أخذ عصير مثل عصيره؛ لأنه إنما تبدلت صفته خاصة[4]. وقد يقال ـ على مذهب من يعتبر في[5] فوات المغصوب انتقال الاسم ـ: لا يكون على الغاصب هنا إلا مثل العصير، وليس له أخذ الخل إلا باجتماعهما على ذلك.

قوله: ﴿ وإِنْ صَارَ الخَمْرُ خَلاًّ تَعَيَّنَ؛ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ لِذِمِّيٍّ، فَيُخَيَّرُ بينَهُ وبَيْنَ أَخْذِ قِيمَتِهِ عَلَى الأَشْهَرِ ﴾.

يعني: فإن صارت الخمر خلّاً عند غاصبها، فإما أن يكون صاحبها مُسلماً أو ذمياً، فإن كان مسلماً تعيَّن الخلُّ له، وليس له غير ذلك[6]، وإن كان صاحبها ذمياً، فهل يتعين له ذلك كما يتعين في حق المسلم؟ في ذلك

---

(1) ينظر: الذخيرة 9/ 6.

(2) في «ج»: (تهراق)، وفي «ق»: (يهراق).

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 752، والذخيرة 8/ 277، والتاج والإكليل 5/ 280.

(4) نفس المصدر والصفحة.

(5) «في»: سقطت من «خ».

(6) ينظر: المدونة 14/ 366، والنوادر والزيادات 10/ 326، والمنتقى 5/ 274، والجواهر الثمينة 2/ 753.

قولان. والأشهر أنه لا يتعين؛ بل يُخير الذمي بين أخذ الخل أو أخذ قيمة الخمر[1]. وحُكْم هذه المسألة إذا كان صاحب الخمر مسلماً ظاهرٌ، غير أن بعض الشيوخ قال: إنما يتمشى هذا على قول من يجيز لصاحبها تخليلها، وأما من يمنع من ذلك فيلزمه أن يقول ببقائها ملكاً للغاصب، وذلك أنها كانت غير مملوكة حين كانت خمراً، لا للغاصب ولا لغيره، فإذا تخللت بيد الغاصب صارت كمن وضع يده على طائر لا يحوزه أحد[2]. وأما إن كان ذمياً، فالخلاف فيها مبني على الخلاف في المسلم يستهلك الخمر للذمي، وفي ذلك قولان في المذهب، المشهور أنه يضمنها له[3]. وقال عبد الملك: أنه لا يضمنها[4]. والأول مذهب أبي حنيفة[5]، والثاني مذهب الشافعي[6]، والخلاف مبني على كون الخمر مالاً من أموال أهل الذمة أَمْ لا[7]؟ والجمهور يجعلون سبب الخلاف في ذلك، هل الكفار مخاطبون بفروع الشريعة أَمْ لا؟ فإن قلنا: أنهم مخاطبون بها، لم يضمن المتلف، كما لو أتلفها لمسلم، وإن قلنا أنهم غير مخاطبين، ضمنَّاه، ومن الشيوخ من قال: لا يختلف المذهب أنهم مخاطبون، وإنما ضمن الغاصب في المشهور؛ لأنهم أُقروا على تملكها كما أُقروا على غيره من المحرمات عليهم، فإذا أُقروا على تملكها في اعتقادهم، وجب إغرام القيمة؛ لئلا يكون ذلك شبيهاً بنقض العهد منَّا. وقال آخرون: إنَّا وإن سلمنا كونهم مخاطبين بفروع الشريعة من حيث الجملة؛ لكن هذا الحكم بخصوصيته لم يخاطبوا به؛ لأنه لا يتناولهم عموم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ﴾ الآية [المائدة: 92]، وأيضاً قوله تعالى:

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 369، والذخيرة 8/ 275، والنوادر والزيادات 10/ 326، والمنتقى 5/ 274، والجواهر الثمينة 2/ 753.

(2) ينظر: التاج والإكليل 5/ 380.

(3) ينظر: المدونة 14/ 369، والمعونة ص1220، والتلقين 2/ 440.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 356، والمعونة ص1220، والجواهر الثمينة 2/ 743.

(5) ينظر: المبسوط للسرخسي 11/ 53، وبدائع الصنائع 7/ 147، وتحفة الفقهاء 3/ 89، وبداية المبتدي 1/ 207.

(6) ينظر: المهذب 1/ 367، والوسيط 3/ 392، ومنهاج الطالبين 1/ 71.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 356، والذخيرة 8/ 277، 278.

﴿لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: 92] يدل على أن ترك شربها سبب في حصول الفلاح، وهذا السبب لا يظهر تاثيره في حق الكافر[1]، وأيضاً فقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ﴾ [المائدة: 93] يقتضي أن تحريمها إنما كان من أجل ذلك، ووقوع العداوة والبغضاء بين الكافرين مطلوب شرعاً، وأيضاً قوله تعالى: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: 93] والكافر لا يصده الخمر عن ذكر الله ولا عن الصلاة؛ لأن ذلك لا يقع منه إذا لم يشربها.

قوله: ﴿ وإِذَا زَرَعَ البَذْرَ، وَأَفْرَخَ البَيضَ فَالمِثْلُ، وقَالَ سَحْنونٌ: الفِرَاخُ لِلْمَالِكِ، وَعَلِيهِ أُجْرَةُ الحَضْنِ ﴾.

القول الأول في فراخ البيض هو لأشهب في «المجموعة»، وقاسه على زرع البذْر[2]، وهو أظهر القولين عندي، ولا سيما والمحكي عن سحنون أن الغاصب إذا عالج المغصوب حتى تغير اسمه عنده كان للغاصب لا لربه[3]. وقال أشهب في مسألة البذْر: «وأحبُّ إليَّ أن لو تصدَّق بالفضل، وليس بواجب عليه للضمان»[4].

قوله: ﴿ وعَنْ أشهب: من غَصَبَ دَجَاجَةً فَبَاضَتْ وحَضَنَتْ بيْضَهَا، فَلِلْمَالِكِ كَالْوَلادَةِ ﴾.

هكذا قال أشهب في «المجموعة» وكتاب «ابن المواز»[5]، وهو حسن، وتشبيهه بالولادة صحيح.

قوله: ﴿ فإِنْ حَضَنَتْ غَيرَ بَيضِهَا، أَوْ بَاضَتْ وحَضَنَهُ غَيرهَا، فَالدَّجَاجَةُ ومِثْلُ البَيضِ. قالَ مُحَمَّدُ: وأَجْرُ حَضْنِهَا ﴾.

أصل هذا الكلام أيضاً لأشهب في «المجموعة»، ومعناه: أن الدجاجة

---

(1) (وأيضاً قوله تعالى.... حق الكافر): سقطت من «ج».

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 348، والبيان والتحصيل 11/ 279، والجواهر الثمينة 2/ 753.

(3) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 279.

(4) النوادر والزيادات 10/ 348.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 349، والجواهر الثمينة 2/ 753، والذخيرة 8/ 316.

المغصوبة إذا حضنت غير بيضها، أو باضت وجعل بيضها تحت غيرها حتى صار الجميع فراخاً، فإن الدجاجة تُرد إلى ربها، ويُرد معها مثل البيض الذي باضت[1]. وهذا كلام حسن على أصل المذهب، وما نسبه المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ إلى محمد، أنه أوجب لربها أجر الحضن، حكاه ابن يونس عن أشهب متصلاً بالكلام الأول، وإنما الذي زاده ابن المواز: «أن لربها ما نقصها. قال: إلا أن يكون نقصاناً بيِّناً، فيكون له قيمتها يوم غصبها، ولا يكون له من بيضها ولا من فراخها شيء»[2].

قلت: وإنما يتم هذا إذا كان آخذ الدجاجة متعدياً لا غاصباً، لَما قدمناه أن الغصب لا يفترق فيه العيب اليسير عن العيب الكبير[3]، وقد اعترض بعض الشيوخ أن يُجمع لرب الدجاجة قيمة النَّقص مع أجرة المثل، ورأى أنه إغرامه ما نقص من الدجاجة يمنع من أن يكون له أُجرة الحضن. قال في كتاب «ابن المواز»: «ولو غصب حمامة فزوجها حماماً له فباضت وأفرخت، فالحمامة والفراخ للمستحق، ولا شيء للغاصب فيما أعانه ذَكَرُه من حضانته، ولمستحق الحمامة، فيما حضنت من بيض غيرها قيمة حضانتها، ولا شيء له مما حضنه غيرها من بيضها، وإنما له مثل بيض حمامته؛ إلا أن يكون عليه في أخذ البيض ضرر في تكلُّف حمَام يحضنهم، فله أن يُغرم الغاصب قيمة ذلك البيض»[4].

قوله: ﴿ وإِذَا صُبِغَ الثَّوبُ، خُيِّرَ المَالِكُ بَيْنَ القِيمَةِ والثَّوبِ، ويَدْفَعُ قِيمَةَ الصَّبْغِ، وقالَ أَشْهَبُ: ولاَ شَيءَ عَلَيْهِ فِي الصَّبْغِ ﴾.

يعني: أن الغاصب إذا صَبغ الثوب الذي غصبه فزادت قيمته لأجل ذلك، أو لم تزد ولم تنقص، أن في ذلك قولين:

أحدهما: تخيير المالك بين أخذ قيمة الثوب يوم الغصب، أو أخذ

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 349، والجواهر الثمينة 2/ 753.

(2) النوادر والزيادات 10/ 349، والتاج والإكليل 5/ 280.

(3) ينظر ص311.

(4) النوادر والزيادات 10/ 349، والجواهر الثمينة 2/ 754، والمنتقى 5/ 277، والذخيرة 8/ 329، والتاج والإكليل 5/ 280.

الثوب بعد أن يدفع قيمة الصبغ. وهذا هو قول ابن القاسم في كتاب الغصب من «المدونة»[1].

والقول الثاني لأشهب: أن يكون مخيراً بين أخذ الثوب بلا غُرْم، أو أخذ قيمة الثوب[2].

فإن قلت: من أين حملت على كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ التقييد بما ذكرته من أن الثوب زادت قيمته، أو لم تزد ولم تنقص، وهلا حملته على الإطلاق؟

قلت: لأنه قابل هذا الكلام بقوله بعده: أما لو نقصت قيمته. فدل ذلك على أن أول كلامه فيما عدا نقص القيمة.

فإن قلت: ومن أين حملت على المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أنه نقل عن أشهب التخيير في الوجهين المذكورين؟ وهلا حملت كلامه على أنه يأخذ الثوب من غير عوض عن الصبغ ولا يكون له غير ذلك؟

قلت: لإثباته واو العطف في **قوله: (ولا شيء عليه)**. وذلك يستدعي تقدم معطوف عليه، وهو ما نقله أولاً، فكأنه يقول: وقال أشهب مثل ما تقدم وزاد: ولا شيء عليه في الصبغ. والذي قدمناه عن ابن القاسم هو معنى ما له في كتاب القطع[3]، وليس بمخالف له. ولعبد الملك قول مثل قول أشهب ذكره عنه ابن حبيب[4]. وفي «المبسوط» عن عبد الملك أيضاً: أن الغاصب إذا صنع فيما غصبه شيئاً يسيراً، أن صاحب الشيء يأخذه ولا يغرم قيمة الصنعة، وإن صنع فيه شيئاً كثيراً، فإنه لا يأخذه حتى يدفع قيمة الصنعة، أو يضمن للغاصب ما غصب، أو يكونا كشريكين[5]. وأثبت ابن الماجشون في هذا القول الشركة بما فعله الغاصب، ونص ابن القاسم على نفي الشركة[6]،

(1) ينظر: المدونة 14/ 371.
(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 332، وبداية المجتهد 2/ 268، والجواهر الثمينة 2/ 754، والذخيرة 9/ 10.
(3) ينظر: المدونة 16/ 286.
(4) ينظر: المنتقى 5/ 277، والجواهر الثمينة 2/ 754، والذخيرة 8/ 325.
(5) ينظر: المقدمات 2/ 490، والذخيرة 8/ 326.
(6) ينظر: المدونة 14/ 371، والمقدمات 2/ 495، وبداية المجتهد 2/ 268.

ومن أثبتها اختلفوا هل يكون بقيمة الصنعة، أو بما زادت الصنعة؟ وهذا كله اضطراب، وهو مبني على مراعاة أخف الضررين، والنفس أميل إلى قول أشهب، والله أعلم.

قوله: ﴿ أمَّا لَوْ نَقَصَتْ فَلاَ شَيْءَ عَلَيهِ ولاَ لَهُ إنْ أَخَذَهُ ﴾.

يعني: إن كان الصبغ أثَّر نقصاً في قيمة الثوب، فحُكمه حكم سائر العيوب الحادثة في المغصوب، فيخير ربه بين أخذه على ماله، أو تركه وأخذ قيمته من غير زيادة[1].

قوله: ﴿ وإذَا ضَرَبَ الطِّينَ لَبِناً، ضَمِنَ مِثْلَهُ ﴾.

يعني: إذا كان الطِّين معلوم القدر، بحيث يمكن تحصيل مثله قدراً وصفة، وإلا فقيمته[2]، ولا يبعد أن يتخرَّج فيه خلاف عبد الملك الذي يذكره المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بعد هذا في النقرة[3].

قوله: ﴿ وإذَا ذَبَحَ الشَّاةَ ضَمِنَ قِيمَتَهَا، وقالَ مُحمَّدٌ: إذَا لَمْ يَشْوِهَا فَلِرَبِّهَا أَخْذُهَا معَ أَرْشِهَا ﴾.

ظاهر كلامه أنه ليس لربها في القول الأول إلا قيمتها، ويُعَد ذبحها إفاتة مطلقاً، وهو ظاهر ما حكاه غيره[4]. وقال بعضهم عن ابن القاسم: أن ربها مُخير بين أخذ قيمتها، أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة[5]. وقول محمد هذا ـ وهو ابن مسلمة[6] ـ بعيد عن أصل المذهب[7]، وقد تقدم

---

(1) ينظر: التفريع 2/ 281، والكافي 1/ 432، والجواهر الثمينة 2/ 754.

(2) ينظر: المدونة 14/ 395، والكافي 1/ 431، والجواهر الثمينة 2/ 754.

(3) النَّقْرة: هي القطعة المذابة من الذهب والفضة، وقيل: هو ما سبك مجتمعاً منهما. لسان العرب 5/ 229، (نقر).

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 332، والتفريع 2/ 278، والمنتقى 5/ 276، والجواهر الثمينة 2/ 754، والذخيرة 9/ 19.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 332، والكافي 1/ 429.

(6) هو أبو هشام محمد بن مسلمة بن محمد بن هشام، مدني من الطبقة الوسطى من أصحاب مالك، روى عن مالك وتفقه عنده، وكان أحد فقهاء المدينة، جمع العلم والورع، توفي سنة (206هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص147، والديباج 1/ 227.

(7) ينظر: التفريع 2/ 278، والكافي 1/ 429، والجواهر الثمينة 2/ 754.

حكم غاصب العبد إذا قتله هل تلزمه القيمة يوم الغصب أو يوم القتل[1].

قوله: ﴿ ولَوْ غَصَبَ نُقْرَةً فَصَاغَهَا ضَمِنَ مِثْلَهَا، وقَالَ ابنُ المَاجَشُون: لَهُ أَنْ يَأْخُذَ المَصُوغَ وَالمَصْبُوغَ[2] والمَخِيطَ مَجَّاناً إِذْ لَيسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ ﴾.

قد تقدم هذا المعنى، وقال في «المدونة» في غاصب الثوب يجعله ظهارة[3] لجبة، «فلربه أخذه، أو يضمنه قيمته»[4]. قال الشيخ أبو محمد: «وله أخذ عين شيئه، ويفتق[5] الجبة»[6].

قوله: ﴿ وإِنْ غَصَبَ سَاجَةً أَوْ سَارِيَةً فَلَهُ أَخْذُهَا ولَوْ بالْهَدْمِ ﴾.

ظاهر هذا أن ربها مُخير في أخذ السَّارية[7] والسَّاجة[8]، وفي أخذ القيمة[9]، وعلى نحو ما ذكرها المؤلف رحمه الله وقعت هذه المسألة في «المدونة»[10]، وفسَّرها بعض الشيوخ بنحو ما فسرنا به كلام المؤلف رحمه الله وهذا هو المشهور في المذهب[11]. قال في «الموازية»[12]: يهدم بناء الغاصب ولو كان بناؤه قصوراً[13]. واختلف النَّقل عن أشهب رحمه الله فعنه ما لابن القاسم في «المدونة»، وروي عنه أيضاً، أنه يرى وجوب القيمة على الثاني[14]، وأن لا

---

(1) ينظر ص310.

(2) في «ج»: (المصنوع).

(3) ظهارة الثوب: ما علا وظهر ولم يلِ الجسد. لسان العرب 4/ 521، (ظهر).

(4) المدونة 14/ 367.

(5) الفتق: هو الشق والتمزيق. ينظر: لسان العرب 10/ 296، (فتق).

(6) المنتقى 5/ 277، والتاج والإكليل 5/ 281.

(7) السَّارية: الإسْطُوانة من حجر أو آجَر، وتجمع على سواري. ينظر: لسان العرب 14/ 383، (سرا).

(8) السَّاجة: خشبة مربعة الشكل تستعمل في البناء وصناعة الأبواب. ينظر: لسان العرب 2/ 303، (سوج).

(9) ينظر: التفريع 2/ 277، والكافي 1/ 431، والجواهر الثمينة 2/ 755.

(10) ينظر: المدونة 14/ 364.

(11) ينظر: المدونة 2/ 277، والمعونة ص1219، والكافي 1/ 431، والمنتقى 5/ 277.

(12) في «ج»: (في المدونة)، وهو خطأ.

(13) ينظر: الذخيرة 8/ 327، والتاج والإكليل 5/ 281.

(14) في «ج»: (الباقي).

يهدم بناؤه[1]. وحكى بعض الشيوخ عن أشهب مثل هذا، وزاد ابن القاسم وأشهب اتفقا على أن البناء المعتمد على الحجر يقلع، وإنما اختلفا فيما انتشر من هذا البناء وخرَج عن اعتماده على الحجر المغصوب، هل يهدم أَمْ لا؟ فقال ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ قولاً مُجمَلاً أنه يهدم[2]. وقال أشهب: إذا كان لا سبيل إلى انتزاع الحجَر المغصوب إلا بهدم جميع البناء، فإنه تجب فيه القيمة لصاحب الحجَر. وأنكر غيره هذا التفصيل، وحكى القولين كما قدمناهما، ومال الشيخ أبو محمد عبد الحميد[3] والشيخ أبو الحسن اللخمي إلى منع الغاصب من هدم بنائه إذا رضي رب الخشبة بأخذ قيمتها؛ لأنه نوع من إضاعة المال، وإضاعة المال لا تجوز. وقال القاضي أبو الحسن[4] بن القصار: إن الغاصب إذا رضي بهدم بنائه لم يلزمه غرامة القيمة؛ بل غرامة قيمة الحجر أو الخشبة موقوفة على رضى الغاصب والمغصوب منه معاً[5]. والأصل تمكين رب الخشبة من أخذها، ومن خالف ذلك راعى كثرة الضرر اللاحق للغاصب بسبب هدم البناء، وقوي ذلك أن من بنى على حجَرٍ اشتراه من غاصب وهو لا يعلم بكونه مغصوباً، فإنه لا يهدم بناؤه، وهذا هو مذهب مالك[6] وغير واحد من العلماء، فقاسوا على ذلك بناء الغاصب؛ لاستواء العمد والخطأ في إتلاف الأموال.

قوله: ﴿ وإِذَا بَنَى الغَاصِبُ، خُيِّرَ المَالِكُ فِي أَخْذِهِ، ودَفْعِ قِيمَتِهِ مَنْقُوضاً بَعْدَ إِسقَاطِ كُلفَتِهِ، مَا لَمْ يَكُنْ يَتَوَلاَّهَا بِنَفْسِهِ أوْ بِعَبِدِهِ ﴾.

تقدم في كتاب العارية هذا المعنى[7]، وإذا كان هذا هو الحكم هناك مع

---

(1) ينظر: المنتقى 5/ 277.

(2) ينظر: المدونة 14/ 365.

(3) هو أبو محمد عبد الحميد بن محمد القيرواني، المعروف بابن الصائغ، تفقه بأبي حفص العطار وابن محرز وأبي إسحاق التونسي والسيوري وغيرهم، وبه تفقه المازري وغيره. له: «تعليق على المدونة»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (486هـ). ينظر: الديباج 1/ 159، وشجرة النور ص117.

(4) (القاضي أبو الحسن): سقطت من «ق»، «خ».

(5) ينظر: حاشية الدسوقي 3/ 443.

(6) ينظر: المدونة 14/ 365.

(7) ينظر ص271.

إذن المالك، فلأن يكون في هذا الموضع[1] مثله أولى. وقال أبو حنيفة: إن الغاصب يملك الأرض بغراسها وبنائها، ويلزمه قيمتها[2]. وكذلك ينبغي أن يقيَّد ذلك الموضع بما زاده المؤلف هنا، وهو **قوله: (ما لم يكن يتولاها بنفسه أو عبده)**.

قوله: ﴿ وإِذَا خَصَى العَبْدَ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ، لَمْ يَضْمَنْ شَيْئاً ويُعَاقَبُ ﴾.

سكت المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ عن الحكم إذا نقصت؛ لدلالة ما تقدم من المسائل على ذلك، والحكم إذا لم تزد ولم تنقص مثله إذا زادت إذا سُلِّم ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يضمن المتعدي شيئاً[3]. وفي «العتبية»: «فيمن تعدى على غلام فخصاه فزاد ثمنه قال: يقوَّم علي قدر ما نقص منه الخصي»[4]. قال ابن رشد: يريد إن لم يُرِد ربه تضمينه واختار حبسه. قال: ومعنى قوله: قدر ما نقص[5]؛ أي: عند غير أهل الطَّول، ومن لا رغبة له في الخصيان[6]. وقال سحنون: معناه: أن ينظر إلى عبد دنيء ينقص من مثله الخصي، فما نقص كان على الجاني ذلك الجزء من قيمته في هذا المجني عليه. قال: وقد تأول بعض الناس على ما في كتاب الجراحات من سماع ابن القاسم: أن ينظر ما وقع للزيادة، فيجعل[7] نقصاناً منها يكون عليه غرمُه. قال: وذلك بعيد لا وجه له في النَّظر، والذي يوجبه النظر، أن يكون عليه في الذكر أو الأنثيين قيمته، وفيهما قيمته مرتين كالحر في الدية، قياساً على قول مالك في المأمومة[8] والجائفة[9]

---

(1) (في هذا الموضع): سقطت من «ج».

(2) ينظر: بدائع الصنائع 7/ 149، وبداية المبتدي 1/ 206.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 752، والذخيرة 8/ 298.

(4) البيان والتحصيل 16/ 88.

(5) (منه الخصي... قدر ما نقص): سقطت من «ج».

(6) ينظر: البيان والتحصيل 16/ 88.

(7) في «ج»: (فيجعلها).

(8) المأمومة: هي الشجة التي بلغت أم الرأس فلا يبقى بينها وبين الدماغ إلا جلدة رقيقة. ينظر: لسان العرب 2/ 303، (شجج).

(9) الجائفة: هي الطعنة التي تبلغ الجوف. ينظر: لسان العرب 9/ 34، (جوف)، والمطلع 1/ 367.

والمنقلة[1] والموضحة[2]، أنه يكون عليه من[3] قيمته بحساب الجزء من ديته[4]. وابن عبدوس يرى: إذا زاده الخصي لا غُرم عليه[5]. ولا يصح ذلك على المذهب. قال: وإنما يأتي على قول من يقول: لا شيء عليه في المأمومة وشبهها، مما لا نقصان عليه فيه بعد البُرء[6].

قلت: قول ابن عبدوس هذا هو الذي حكاه المؤلف ولم يُسم قائله، وكلام ابن رشد في هذا الفصل حسن، وأما عقوبة فاعل ذلك، فظاهر وجهها.

قوله: ﴿ولَوْ هَزَلَتِ الجَارِيَةُ ثُمَّ سَمِنَتْ، أَوْ نَسِيَ العَبْدُ الصَّنْعَةَ ثُمَّ تَذَكَّرَ، حَصَلَ الجَبْرُ﴾.

يعني: أنه إذا تغير المغصوب بنقص حسي أو معنوي، ثم عاد إلى هيئته الأولى من الكمال، فلا ضمان على الغاصب[7]، فالأول: كهزل الجارية ثم سمنها، والثاني: كنسيان العبد الصانع صنعته ثم تذكرها. والمثال الأول ظاهر، والثاني يتردد النظر فيه أولاً، هل نسيان العبد الصانع صنعته من باب تغير السوق ـ وهو غير معتبر في هذا الباب على المشهور[8] ـ أو هو ملحق بتغير الذات؛ لاختلاف الأغراض بسبب وجود الصنعة وعدمها، وذلك صفة في العبد، بخلاف تغير السوق الذي لا يكون عن وصف في المقوَّم، وهذا الوجه أقرب، والله سبحانه أعلم.

---

(1) المنقلة: هي التي ينقل منها العظم من موضع إلى موضع. ينظر: لسان العرب 2/ 303، (شجج).

(2) الموضحة: هي التي تبلغ إلى العظم. ينظر: لسان العرب 2/ 303، (شجج)، والمطلع 1/ 367.

(3) (وفيهما قيمته... عليه من): سقطت من «ق».

(4) ينظر: المدونة 14/ 315.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 752.

(6) نفس المصدر والصفحة.

(7) ينظر: التفريع 2/ 376، والمعونة ص1215، والكافي 1/ 428، والجواهر الثمينة 2/ 752، والذخيرة 8/ 283.

(8) ينظر: المعونة ص1213.

قوله: ﴿ وأمَّا المَنَافِعُ، فَإِنْ كَانَت[1] كَالدَّارِ يُغْلِقُها، والأَرْضُ يُبَوِّرُهَا، والدَّابَّةُ يَعْقِلُهَا، والعَبْدُ لاَ يَسْتَخْدِمُهُ، فقَالَ ابنُ القَاسِمِ: لاَ يَضْمَنُ. وقَالَ غَيْرُهُ: يَضْمَنْ. وصُوِّبَ ﴾.

يعني: أن منافع المغصوب إذا لم ينتفع بها الغاصب؛ ولكن عطَّل الذوات، فإن قلنا: إن الغاصب لا يُرد الغلات إذا اغتل، فلا تفريع وهو ظاهر، وإن قلنا: إنه يرُد الغلات إذا اغتل، فاختلف المذهب في لزوم ما عطَّله الغاصب في ذلك على قولين، المشهور: أنه لا يلزمه في ذلك شيء[2]، وهو مذهب أبي حنيفة[3]. والقول الثاني في كتاب «ابن حبيب»: أنه يضمن[4]، وهو مذهب الشافعي[5]. **وقال المؤلف: (وصوِّب)**؛ أي: واختاره بعضهم وحكم بأنه صواب[6]. وحجة القول الأول: أن غاصب الرقبة لا يَصْدُق عليه أنه غصب المنافع المعطلة، فلا يضمنها؛ لأن الغصب وضع اليد العادية على مال الغير، وذلك غير حاصل في محل النزاع، وربما قيل هنا: إنه لم يغصب المنفعة ولم يتلفها، فلا يضمنها، أصله إذا سُجِن صاحبها فتعطلت بسبب ذلك. وأصحاب القول الثاني قالوا: المنفعة المتنازع فيها إنما هي تهيؤ الذات للانتفاع بها، لا حصول تلك المنفعة في الخارج، وذلك التهيؤ قد منع منه الغاصب، فوجب ضمانه عليه. وعلى هذه الطريقة قال بعض الشيوخ: لو غصب دنانير فأنفقها أو حبسها فلم يتجر بها، فلا يضمن الربح؛ لكن يضمن لصاحب الدنانير مقدار ما كان يربح فيها صاحبها لو تَجَر بها[7]. قال: وقد ذكر ابن سحنون في شاهدين شهدا على رجل بدين لرجل قد حلَّ: أنه أخَّره به

---

(1) في «ق»: (فإن فاتت).

(2) ينظر: المدونة 14/ 356، والرسالة للقيرواني 1/ 332، والتفريع 2/ 276، والتلقين 2/ 439، والكافي 1/ 430، والمنتقى 5/ 265، والجواهر الثمينة 2/ 743.

(3) ينظر: بدائع الصنائع 7/ 145، والمبسوط للسرخسي 11/ 78، وتحفة الفقهاء 3/ 89.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 345، والبيان والتحصيل 11/ 260، والجواهر الثمينة 2/ 744، والذخيرة 8/ 281.

(5) ينظر: منهاج الطالبين 1/ 71، وروضة الطالبين 5/ 63.

(6) منهم: اللخمي. ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 744.

(7) ينظر: الذخيرة 8/ 317.

عاماً، فلما انقضى العام رجعا على شهادتهما بعد أن حكم الحاكم بها، أنهما يغرمان ما يُظن أن الذي له الدَّين لو أخذه لمَّا حلَّ وتَجَر به في هذا العام لحصَّل فيه كذا، إذا كان الدَّين عيناً أو موزوناً أو مكيلاً.

قوله: ﴿فإنْ استَغَلَّ أَوْ اسْتَعْمَلَ ضَمِنَ عَلَى المَشْهُورِ، وَرُوِيَ: إلاَّ فِي العَبِيدِ والدَّوَابِ، ورُوِيَ: لاَ يَضْمَنُ مُطْلَقَاً﴾.

القول الأول هو مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللهُ[1] والقول الثاني مذهب أبي حنيفة[2]، وروى أبو الفرج[3] عن مالك مثل القول الأول؛ إلا فيما تولى بنفسه من استخدام الدواب واستعمال الرقيق فإنه لا يضمنه[4]، بخلاف ما أكراه من غيره[5]. وفي «المدونة»: لا يضمن ما اغتل أو انتفع به في نفسه في الدواب والرقيق، ويضمن ما انتفع به من غلة الإبل والبقر والغنم[6]. وللشيوخ طرق أُخَر في تحصيل ما في المذهب في ذلك من الخلاف، وكذلك تكررت المسألة في «المدونة» في مواضع على وجوه، والتحقيق عند المتأخرين من أهل المذهب، وجوب رد الغلة على أي وجه كان[7]؛ لأن المقصود من الذوات إنما هو حصول منافعها، فلو لم يردَّ الغاصب الغلة لَما كان في القضاء عليه بالرد سوى فائدة الانتفاع بالمغصوب في المستقبل، وفي ذلك تتميم لغرض الغاصب. وأما قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[8]. فهو عندهم من

---

(1) ينظر: المهذب 1/ 370، والبحر الرائق 8/ 129.

(2) ينظر: المبسوط للسرخسي 11/ 77، وتحفة الفقهاء 3/ 89، واختلاف الفقهاء 1/ 177.

(3) هو القاضي أبو الفرج عمر بن محمد الليثي البغدادي، تفقه بالقاضي إسماعيل، وكان من كتَّابه وأخذ عنه أبو بكر الأبهري وابن السكن. وألّف عدة كتب منها: كتاب «الحاوي في مذهب مالك»، و«اللمع في أصول الفقه»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (331هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص166، وشجرة النور ص79.

(4) ينظر: المدونة 14/ 345، والتفريع 2/ 276، والمقدمات 2/ 506.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 344، والمعونة ص1218، والكافي 1/ 430، والمقدمات 2/ 497.

(6) ينظر: المدونة 14/ 356.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 344، والمعونة ص1214، والكافي 1/ 430، والمقدمات 2/ 497.

(8) أخرجه أبو داود في سننه 3/ 234، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، =

العام الذي خرَج على سبب[1]؛ لأنه روي في الرد بالعيب؛ لكنَّ كون هذا المعنى موجباً لتخصيص العام ضعيف، على ما تبين في أصول الفقه[2]. وأيضاً فقد روي من طريق آخر، ولم يُذكر فيه هذا السبب[3]. ولو تجر الغاصب بدنانير أو دراهم غصبها، فإن كان مليئاً فالمعروف من المذهب أن الربح له؛ لأنه إنما عومل على ذمته، وإن كان مُعسراً ولولا المال الذي غصبه لَما عومل، ففي ذلك قولان[4]:

أحدهما: أن الربح للغاصب.

والثاني: أنه للمغصوب منه.

ولا شك أن الربح حصل عن هذا المال وعن محاولة الغصب، فسبب حصوله مركب من معنيين، فينبغي إضافة الحكم إلى أقوالهما، وذلك مما يُنظر فيه، والله أعلم.

قوله: ﴿ وأمَّا البُضْعُ، فَلا يُضمَنُ إلاَّ بِاستِيفَائِهِ لاَ بِفَوَاتِهِ ﴾.

لمَّا قدَّم الكلام على منافع المغصوب، وأنه اختُلف هل تضمن باستيفائها؟ وهو ما ذكره في المسألة التي فرغنا منها الآن، وأنه اختُلف أيضاً، هل تضمن بتفويتها؟ وأنه صوَّب بعضهم الضمان في ذلك، ذكر هاهنا أن البُضْع لا يضمن بتفويته، سواء كان من حرة أو من أمَة، فمن منع حرةً أو أمَةً التزويج لم يلزمه ضمان صداقها، وهذا مما لا أعلم فيه خلافاً[5]، وإن كان تقدم في كتاب النكاح ما قد يتخرَّج منه خلاف لبعض الشيوخ.

= والترمذي في سننه 3/ 581، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً. وقال أبو عيسى: حديث حسن صحيح.

(1) ينظر: الذخيرة 8/ 318، والمقدمات 2/ 504، وبداية المجتهد 2/ 270.

(2) ينظر: الإحكام للآمدي 2/ 258، والتبصرة 1/ 145، وإرشاد الفحول 1/ 231.

(3) أخرجه الترمذي في سننه 3/ 581، باب فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً. وقال أبو عيسى: حديث حسن صحيح.

(4) ينظر: بداية المجتهد 2/ 269، والذخيرة 8/ 317.

(5) ينظر: المعونة ص1217، وبداية المجتهد 2/ 272، والجواهر الثمينة 2/ 745، والذخيرة 8/ 283.

قوله: ﴿ فَفِي الحُرَّةِ صَدَاقُ مِثلِهَا ﴾.

يعني: فإن حصل استيفاء البُضْع على وجه الاغتصاب وجب صداق المثل[1]، وهذا هو مذهب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[2] وقال أبو حنيفة: لا يجب للمغتصبة صداق[3]. وتنازع الجميع في فهم نهيه ﷺ عن مهر البغي[4]، والأقرب أن هذا الظاهر معنا، فإنها لا تُسمى بغياً بسبب هذا الفعل؛ لوجوب الحد على المغتصب، وأما لو طاوعته على الزنا فلا مهر مطلقاً[5]. وهل يتناول ذلك الأمة والحرة والصغيرة، له موضع غير هذا.

قوله: ﴿ وفِي الأَمَةِ مَا نَقَصَهَا ﴾.

يعني: أن الأمَة إذا أُكرهت على الزنا لا يجب لها صداق المثل كما يجب للحرة، وإنما يجب لها ما نقصها كسائر العيوب الكائنة بسبب التعدي[6]، وقد قيل: إن مجرد غيبة الغاصب على الأمَة عيب فيها[7].

قوله: ﴿ وكَذَلِكَ مَنفَعَةُ الحُرِّ ﴾.

يعني: أن منفعة الحر كالبُضْع، لا يلزم الغاصب قيمة خدمة الحر إذا استخدمه، وأما إذا حبَسه عن منافعه فلا يلزم بسبب ذلك شيء[8]. والأقرب ألّا فرق في هذا الوجه بين الحر والعبد.

---

(1) ينظر: الكافي 1/ 574، والبيان والتحصيل 11/ 236، والمقدمات 2/ 498، والمنتقى 5/ 268، وبداية المجتهد 2/ 272، والجواهر الثمينة 2/ 745.

(2) ينظر: الأم 3/ 258، والوسيط 3/ 418.

(3) ينظر: مختصر اختلاف العلماء 3/ 298، والبحر الرائق 5/ 15، ومنهاج الطالبين 1/ 70.

(4) نهى رسول الله عن ذلك فيما رواه عنه رافع بن خديج قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «شر الكسب: مهر البغي، وثمن الكلب، وكسب الحجام». صحيح مسلم 3/ 1199، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي.

(5) ينظر: المنتقى 6/ 269.

(6) ينظر: التفريع 2/ 280، والمعونة ص1220، والبيان والتحصيل 11/ 235، والمقدمات 2/ 498، والمنتقى 5/ 268، والجواهر الثمينة 2/ 745.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 316، والمنتقى 5/ 274، والمقدمات 2/ 498، والذخيرة 9/ 31.

(8) ينظر: المدونة 14/ 356، والكافي1/ 430، والجواهر الثمينة 2/ 745.

قوله: ﴿ ولَوْ غَصَبَ مَا صَادَ بِهِ، وفَرَّعْنا علَى أَنَّ المَنَافِعَ للْمَالِكِ، فَإِنْ كَانَ عَبْداً، فالصَّيدُ لِمَالِكِهِ اتِّفَاقاً ﴾.

اعلم أن هذه المسألة وما يتعلق بها تكررت في هذا الكتاب، وقد تقدمت في كتاب الصيد مستوفاة، فانظرها هناك إلى **قوله: (على التشبيه بهما)**.

[قوله: ﴿ وإِنْ كانَ كَالسَّيفِ والشَّبَكَةِ والحَبْلِ فَلِلغَاصِبِ اتِّفَاقاً، وعَلَيْهِ أُجْرةُ مِثْلِهِ، والفَرَسُ كَالسَّيفِ، وإِنْ كانَ جَارِحاً فَعَلَى قَولَينِ، بِنَاءً علَى التَّشْبِيهِ بِهِمَا، أَمَّا لَوْ طَرَدَ طَارِدٌ الصَّيدَ قَاصِداً أَنْ يَقَعَ فِي الحِبَالَةِ، ولَوْلاهُمَا لَمْ يَقَعْن فَبَيْنَهُما بِحَسَبِ فِعْلَيْهِمَا، فَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ ـ وهُوَ عَلَى إِياسٍ ـ فَلَرَبِّهَا، وعَلَى تَحْقيقٍ بِغَيرِهَا فَلَهُ][1] [ويَمْلِكُ الصَّيْدَ، فَلَوْ نَدَّ فَصَادَهُ ثَانٍ، فَثَالِثُهَا المَشْهُورُ: إِنْ طَالَ ولَحِقَ بِالوَحْشِ فَللثَّانِي، وفِي تَعْيِينِ مُدَّعِي الطُّولِ: قَولانِ، فَلَوْ نَدَّ مِنْ مُشْتَرٍ. وَقَالَ مُحمَّد: مِثْلها. وقالَ ابنُ الكَاتِبِ: لِلْمُشْتَرِي، فَلَوْ رأَى واحِدٌ مِنْ جَمَاعَةٍ فَبَادَرَ غَيرُهُ فَلِلْمُبَادِرِ، فَإِنْ تَنَازَعُوا وكُلٌّ قَادِرٌ فَلِجَمِيعِهِم ﴾][2].

قوله: ﴿ وإِذَا غَصَبَ داراً خَرَاباً، أَوْ مَرْكَباً خَرَاباً[3] فأَصْلَحَهُ فاغْتَلَّ، فَقَالَ أَشْهَبُ: مَا زَادَ فَلِلْغَاصِبِ كَسَاحَةٍ يَعْمرُها. وَقَالَ محمَّدٌ: الجَمِيعُ لِلْمَالِكِ ﴾.

لا يريد محمد أنه يكون للمالك كل مَا لهُ عين قائمة مما زاده الغاصب «فإنه لو[4] غصب مركباً خراباً فأنفق في قلفطته[5] وزفته وأطرافه وحوائجه، ثم اغتل له غلة كثيرة، فلربه أخذه مقلفطاً، مصلحاً بجميع غلته، ولا غرم عليه فيما أنفق، إلا في مثل الصاري[6] والأرجل والحبال وما أخذ له ثمن إذا

---

(1) ما بين معقوفين سقط من جميع النسخ، وما أثبته هو ما في نسخة مختصر ابن الحاجب الموجودة بمركز الجهاد الليبي.

(2) ما بين المعقوفين سقط من جميع النسخ بما فيها نسخة المختصر بمركز الجهاد الليبي، وما أثبته هو ما في كتاب «جامع الأمهات» المطبوع بتحقيق عبد الرحمٰن الأخضري ص413.

(3) في «م»: (نَخِراً).

(4) في «خ»، «ج»: (ولو قال).

(5) يقال: قَلَفَ السفينة؛ أي: خرز ألواحها بالليف، وجعل في خَلَلِها القار. ينظر: لسان العرب 9/ 291، (قلف).

(6) الصَّارِي: خشبة طويلة تشد في وسط السفينة يمد عليها الشراع. ينظر: لسان العرب 14/ 260، (صري).

أخَذَه، فللغاصب أخذه، وإن كان بموضع لا غنى به عنه إذ لا يجد صارياً ولا أرجلاً ولا حبالاً إلا هذه، أو لا يجد ذلك بموضع ينال حمله إليه إلا بالمشقة والمؤنة العظيمة، وهو مما لا بد له منه مما يجري به المركب حتى يرده إلى موضعه، فربه مخير، بين أن يعطيه قيمة ذلك بموضعه كيف كان، أو يسلِّم ذلك إليه»[1]. وقول محمد هذا أظهر، والله أعلم.

قوله: ﴿وحَيثُ أُلزِمَ الغَاصِبُ الغَلَّةَ، فَمَا أَنفَقَ علَى العَبدِ والدَّابَّةِ وسَقْي الأَرْضِ وعِلاجِهَا ونَحْوِهِ يُقَاصُّ بِهِ، فَلَوْ زَادَ لَمْ يَرْجِعْ﴾.

يعني: وإذا فرَّعنا على أن الغاصب يرُد[2] الغلة، فإن له المطالبة بما أنفق على ذلك المغصوب، فيرجع بالأقل من قيمة نفقته أو الغلة، وهذا هو معنى **قوله: (فلو زاد لم يرجع)**. والذي حكاه المؤلف رحمه الله هو مذهب «المدونة»[3]، وهو قول أشهب[4]. وقال ابن القاسم في «المجموعة» ورواه عن مالك: إنه لا يرجع بشيء من ذلك. وهو اختيار ابن المواز[5]، والقول الأول أظهر؛ لأن الغاصب وإن ظلم فلا يظلم.

فإن قلت: فطرد هذا لا يوجب له الرجوع بما أنفقه، ولو كان أكثر من الغلة، وذلك خلاف ما قاله مالك رحمه الله.

قلت: إنما أوجبنا له الرجوع في الغلة لا في ذمة المالك؛ لأن الغلة نشأت عن خدمته، ولو قيل: لا يرجع في مجموع الغلة، وإنما يرجع فيما زاد عمله في الغلة، كما لو كان الحائط لو ترك من غير سقي ولا علاج أخذ في غلته خمسة أوسق ـ مثلاً ـ فإذا سُقي وعولج أخذ في غلته عشرة أوسق، فلو قيل بهذا لكان له وجه، والله أعلم.

قوله: ﴿فَلَوْ بِيعَ المَغْصُوبُ أَوْ وُرِثَ، فَإِنْ عَلِمَ المُشْتَرِي فَكَالغَاصِبِ﴾.

يعني: فلو باع الغاصب ما غصبه، أو مات فورثه عنه وارث، وعلم

---

(1) النوادر والزيادات 10/ 346، 347، والذخيرة 8/ 316.

(2) في «ج»: (يؤدي).

(3) ينظر: المدونة 14/ 355.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 244، وبداية المجتهد 2/ 274، والجواهر الثمينة 2/ 746، والتاج والإكليل 5/ 282.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 345، والتاج والإكليل 5/ 282.

المشتري أو الوارث بأن ذلك المبيع أو الموروث مغصوب، فإنه يكون المشتري والوارث حينئذ كالغاصب في لزوم رد الغلات، في الضمان وغير ذلك؛ لأن من بيده ذلك يجب عليه رده إلى ربه، كما يجب على الغاصب، ولا عذر له، كما يُعذر غير العالم بالغصب[1].

قوله: ﴿ وإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ فِي السَّمَاوِيِّ ولاَ فِي الغَلَّةِ، سَكَنَ أَوْ زَرَعَ أَوْ أَكْرَى، ولاَ عَلَى الغَاصِبِ مِنْ حِينَ بَاعَ عَلَى المَشْهُورِ ﴾.

يعني: وإن لم يعلم المشتري أو الوارث بالغصب، فلا شيء عليه فيما هلك أو نقص مما صنع له فيه[2]، وهو مراد المؤلف رحمه الله هنا بالسماوي، وكذلك تكون له الغلات إن كان مشترياً من الغاصب، بخلاف وارث الغاصب، فإنه لا غلة له على المذهب[3]، خلاف ما يقتضيه ظاهر كلام المؤلف رحمه الله، سواء انتفع بنفسه أو اكترى من غيره.

فإن قلت: هذا متناقض؛ لأن قولكم: أنه لا يضمن ما هلك بسماوي، يدل على أنه لا ضمان عليه، وقولكم: الغلة له، يدل على وجوب الضمان، فيلزم اجتماع ثبوت الضمان ونفيه.

قلت: نحن إنما نفينا سبباً واحداً من أسباب الضمان، ولا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم، فلا يلزم نفي أسباب الضمان كلها، وعلى هذا التقدير فالضمان موجود، والغلة للمستَحق من يده لأجل ضمانه، فلا تناقض، ، وأيضاً فإن قول أهل المذهب هنا: أنه لا يضمن ما هلك بسماوي[4]؛ أي: لا تلزمه غرامة؛ وإلا فحكمه حكم المالك حقيقة، ألا ترى أنه لا يرجع إن كان مشترياً بثمن المستحق على من باع منه، وذلك يدل على صحة ملكه، وهذا إنما يتم في المشتري من الغاصب لا من الوارث منه[5] حسبما قلناه. وأما **قول المؤلف** رحمه الله: **(ولا على الغاصب إلى آخره)**، فمعناه: أن الغاصب إذا باع

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 379، والنوادر والزيادات 10/ 401، والذخيرة 9/ 47.

(2) ينظر: المدونة 14/ 344.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 5/ 299.

(4) ينظر: المدونة 14/ 344، وبداية المجتهد 2/ 267.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 744.

المغصوب، فلا يضمن من غلته إلا ما استغل من يوم غصب إلى يوم باع خاصة، وأما ما كان من الغلة من يوم باع إلى يوم الاستحقاق، فلا يرجع به المستحق على المشتري ولا على الوارث ولا على الغاصب، على المشهور، وقيل: يرجع بذلك على الغاصب، وهذان القولان مبنيان على القولين فيما عطَّله الغاصب من منافع المغصوب ولم ينتفع به، وذلك أن الغاصب قد عطَّل المغصوب في المعنى؛ لأنه لا فرْق بيْن أن يغلق الدار ـ مثلاً ـ ولا بين أن يخرجها من يده إلا من يستعملها؛ ولكن لا يكون لربها من تلك الغلة شيء، والله أعلم.

قوله: ﴿وفِي الرُّجُوعِ علَى الغَاصِبِ الوَاهِبِ، قَوْلاَنِ﴾.

يريد ـ والله أعلم ـ أن في الرجوع على الغاصب بغلة ما وهبَه قولين[1]، فإن كان هذا مراده، فهما يشبهان القولين السابقين في الرجوع على الغاصب في غلة ما باع من حين باع.

قوله: ﴿وعلَى الرُّجُوعِ إِذَا غَرِمَ، فَفِي الرُّجُوعِ علَى المَوهوبِ لَهُ، قَوْلاَنِ﴾.

هذان القولان مشهوران في المذهب[2]، وذلك أن الغاصب إذا وهَب بعض الذوات فاغتلها الموهوب له، فقال ابن القاسم في «المدونة»: إن المالك يرجع على الموهوب له بالغلة كما يرجع على وارث الغاصب بجامع أن كل واحد منهما أخذ بغير عوض[3]. وهذا قول ابن القاسم في «المدونة» وغيرها. وقال أشهب في كتاب «محمد»: «إن لمن وهَب له الغاصبُ الغلَّةَ إذا لم يعْلَم بالغصب كالمشتري»[4]. والذي وافقه عليه ابن القاسم، أن الغلة له إذا لم يعلَم بالغصب[5]. وقد أطال ابن القاسم في «المدونة» الاحتجاج على صحة قوله، والمحصول منه هو ما أشرنا إليه أول هذا الكلام، والزيادة على ذلك لا يظهر لها كبير أثر في الحُجة، والله أعلم.

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 744.

(2) ينظر: المدونة 14/ 379، والمقدمات 2/ 508، والجواهر الثمينة 2/ 744، والذخيرة 9/ 31.

(3) ينظر: المدونة 14/ 379.

(4) النوادر والزيادات 10/ 401، والذخيرة 9/ 48.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 401.

قوله: ﴿ ولَوْ أَكَلُوهُ أَوْ لَبِسُوهُ فأَبْلَوْهُ، فَلِلْمَالِكِ تَغْرِيمُهمْ قِيمَتَهُ، أَوْ مِثْلَهُ يَوْمَ لَبِسُوهُ، أَوْ تَغْرِيمُ الغَاصِبِ، أَوْ إِمْضَاءُ بَيعِ الغَاصِبِ ﴾.

فاعل (أكلوه) وما عُطِف عليه، يعود على من حصل له المغصوب من جهة غاصبه، وهو وارث الغاصب أو الموهوب له أو المشتري من الغاصب، ومعناه: فإن أكَل مَن ذكرنا الطعام المغصوب، أو لبسوا الثوب حتى أبلوه، فللمالك تغريمهم قيمة المقوَّم ومثل المثلي[1]، والقيمة في ذلك يوم الإتلاف لا يوم وضع اليد، بخلاف الغاصب[2]؛ لأن مَنْ ذكرنا لم يكن عندهم علم بالغصب، فلولا الإتلاف لَما ضمنوا، وللمالك أيضاً أن يدَع تضمينهم، ويضمّن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب أو مثله، وله أيضاً إمضاء بيع الغاصب[3]، على ما تقدم في بيع الفضولي، ولا يُتعقب على المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بإطلاقه الكلام هنا في حق موهوب الغاصب، فإن ظاهر كلام المؤلف رَحِمَهُ اللهُ يقتضي تخيير المالك في تضمين الغاصب أولاً، أو في تضمين الموهوب له أولاً، فإنه يقيِّد كلامه بعد هذا بقوله: والمشهور بيد الغاصب على الموهوب له إذا أكله أو أبلاه. وانظر إذا اختار المالك تغريم الموهوب له ومَنْ ذَكَرَ المؤلف رَحِمَهُ اللهُ معه قيمة المغصوب، وكانت القيمة التي غرم أقل من القيمة اللازمة للغاصب، فهل للمالك الرجوع بتمام القيمة، أَمْ لا، على ما تقدم في الأجنبي يقتل الأمة المغصوبة بيد غاصبها؟

قوله: ﴿ وكَذَلِكَ لَوْ قَتَلَ العَبْدُ، فإِنْ اخْتَارَ تَغْرِيمَهُ، فكَانَ أَقَلَّ مِنَ الثَّمَنِ، فَفِي تَعْيِينِ مُسْتَحقِّهِ مِنَ المُشْتَرِي أَوْ رَبِّه: قَولاَنِ، لابنِ القَاسِمِ وأَشْهَبَ ﴾.

يعني: أن المشتري من الغاصب إذا قَتَل العبد المغصوب لزمه قيمته يوم قتله[4]، فإن أخذ ربه القيمة منه، وكانت أقل من الثمن، فاتفق ابن القاسم وأشهب على أن الغاصب لا يستحق زيادة الثمن على القيمة، واختلفا فيمن يستحق تلك الزيادة، هل المشتري أو المالك؟ فقال ابن القاسم رَحِمَهُ اللهُ:

---

(1) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: 126].

(2) ينظر: التفريع 2/ 275.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 328.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 378، والتفريع 2/ 380، والكافي 1/ 433.

يستحقها المشتري؛ لأن البيع قد انفسخ بغرم المشتري قيمة ما اشتراه. وقال أشهب: بل يرجع المالك بتلك[1] الزيادة على الغاصب، ويرجع المشتري بمقدار ما أدَّى[2]. هذا ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ اللهُ وهو خارج عمَّا نقله من يُعتد بنقله. قال في «المدونة»: «ولو كان المبتاع هو الذي قتلها ـ يعني الأَمَة ـ فلربها أخذه بقيمتها يوم القتل[3]، ثم يرجع هو بالثمن على الغاصب»[4]. وحُكي عن أشهب رَحِمَهُ اللهُ: «أن المشتري إذا اشتراها بمائة، ثم قتلها وقيمتها خمسون، فأغرمه المالك الخمسين القيمة، فإن المبتاع يرجع على الغاصب بخمسين بقية الثمن الذي أخذ فيها»[5]. هكذا حكَى ابن يونس هذا القول، وظاهره أنه يبقى بيد الغاصب مقدار ما غرمه المشتري للمالك، وهو قول مُشكل؛ لأنه يلزم عليه[6] أن يبقى للغاصب بقية من الثمن يملكها بغير سبب، والله سبحانه أعلم.

قال ابن يونس[7]: «ولو كانت قيمة الأمة يوم الغصب مائة وعشرين، فباعها الغاصب بمائة، فقتلها المبتاع وقيمتها حينئذ خمسون، فأخذ المستحق قيمتها من المشتري خمسين، فليرجع المشتري على قول أشهب على الغاصب بما غرم، وذلك خمسون، ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة يوم الغصب، وذلك سبعون»[8].

قلت: تأمل كلامه، فقد ذكر هنا على قول أشهب أنه يرجع المشتري على الغاصب بما غرم، وذكر في الصورة التي فوق هذه أنه يرجع بما بين القيمة وتمام الثمن، وهو كالمتناقض. قال ابن يونس: «وعلى قول ابن القاسم، يرجع المشتري بثمنه، وذلك مائة، ويرجع عليه المستحق بتمام القيمة

(1) في «ج»: (بتمام).
(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 379.
(3) (القتل): سقطت من «ج».
(4) المدونة 14/ 343.
(5) الذخيرة 9/ 26.
(6) في «ق»: (لا يلزم عليه).
(7) في «ج»: (قال ابن القاسم).
(8) الذخيرة 9/ 26.

يوم الغاصب، وذلك عشرون»[1]. قال في «المدونة» عن ابن القاسم: وكذلك إن قطع المبتاع يدها، أو فقأ عينها، فلربما أخذها، ويضمن المبتاع ما نقصها، ويرجع المبتاع بالثمن على الغاصب، وإن شاء ربها أجاز البيع وأخذ الثمن من الغاصب، أو إغرامه القيمة يوم الغصب ويتم البيع[2].

قوله: ﴿ وفِي كَوْنِ الخَطَأِ مِنْهُ كَالعَمْدِ أَوْ كَالسَّمَاوِيِّ، قَوْلاَنِ ﴾.

القول بأن إتلاف المشتري لَما استحق من يده خطأ يتنزل منزلة العمد هو مذهب أشهب في «المجموعة»[3]، وربما تؤول على «المدونة». والقول بأنه كالسماوي هو مذهب «العتبية»[4]، والقول الأول أقرب إلى قاعدة الضمان، والله أعلم.

قوله: ﴿ ولاَ يُصَدَّقُ المُشتَرِي فِي تَلَفِ[5] مَا يُغَابُ عليهِ ويَحْلِفُ، ثُمَّ يَغْرِمهُ إِنْ شَاءَ ﴾.

هذا قوله في «العتبية»، قال: «ولو ادعى المبتاع أنها هلكت، صُدِّق فيما لا يُغاب عليه من رقيق أو حيوان، ولا يُصدَّق فيما يُغاب عليه، ويحلف بالله الذي لا إله إلا هو، لقد هلك، ويغرم قيمته؛ إلا أن يأتي ببينة على هلاكه من غير سببه»[6]. قال بعضهم: إذا صدقناه فيما لا يُغاب عليه، إنما هو ما لم يظهر كذبه مثل الرهان والعواري في ذلك[7]. وذهب أصبغ إلى أنه يُصدَّق في الضيَاع فيما يُغاب عليه مع يمينه[8]. وحيث ضمَّناه في المشهور فيما يُغاب عليه، فخرَّج بعض الشيوخ في ذلك قولاً بعدم تحليفه. وقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ في مثل هذا: لو حلَّفته على الضيَاع ما ضمَّنته. وهذا هو الأصل؛ لأن فائدة اليمين إنما هي إثبات صدقه فيما حلف عليه، فإذا ثبت صدقه، وجب إسقاط

---

(1) الذخيرة 9/ 26.

(2) ينظر: المدونة 14/ 344.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 378، والبيان والتحصيل 11/ 246.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 248.

(5) (في تلف): سقطت من «ق»، «خ».

(6) البيان والتحصيل 11/ 239.

(7) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 239.

(8) ينظر نفس المصدر والصفحة.

الضمان عنه، وإذا صدقنا المشتري في الضيَاع، فإنه لا يرجع بالثمن على البائع منه؛ لأن الضيَاع هاهنا كالهلاك، ولا شك أن فاعل (حلف) من كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ضمير يعود على المشتري، وفاعل (يَغْرِمُه) ضمير يعود على المالك، وعليه يعود فاعل (شاء).

قوله: ﴿ والمَشهُورُ: يُبَدَّى الغَاصِبُ عَلَى المَوهُوبِ إِذَا أَكَلَهُ أَوْ أَبْلَاهُ ﴾.

لا شك أن الموهوب له إذا كان عالماً بغصب الواهب لِمَا وهبه، وأتلف ذلك الموهوب، أن المغصوب منه مُخير في الرجوع على أيهما شاء، وأمَّا إذا لم يعلَم بذلك الموهوب له حتى أتلفه، وهذا هو الذي أراد المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هنا، ففي ذلك ثلاثة أقوال:

مذهب «المدونة» ـ وهو المشهور ـ: أن المالك يتبع الغاصب أولاً؛ لأن الغاصب سلَّط الموهوب له على الإتلاف، على أن لا عِوَض عليه، فكأنه التزم له أن لا رجوع عليه، وأنه يؤدي عنه، فإن كان فقيراً، اتَّبع المالك الموهوب له[1].

والقول الثاني لغير ابن القاسم في كتاب الاستحقاق: أنه يتبع الموهوب له ابتداء؛ لأنه المباشر[2]. وقد تقدم أن تضمين المباشر أولى من تضمين المتسبب[3].

وذهب أشهب إلى أن المالك بالخيار في اتباع أيهما شاء، وهو اختيار ابن المواز وسحنون[4]. وإذا فرَّعنا على مذهب أشهب فقال: يطلب الغاصب بالقيمة يوم الغصب، أو يطلب الموهوب له بالقيمة يوم إتلافه ما أتلف، فإن كانت قيمته يوم الغصب عشرين، وقيمته يوم الإتلاف ثلاثين، واختار اتباع الغاصب، فأخذ منه عشرين، لم يرجع على الموهوب له بالعشرة الباقية[5]. واحتج أشهب على ابن القاسم؛ لموافقته إياه على أن المشتري من الغاصب

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 360.

(2) ينظر: المدونة 14/ 360 ـ 370.

(3) ينظر ص287.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 413، والذخيرة 8/ 272.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 414.

إذا لم يعلم بالغصب فهو كغريم ثانٍ، يتبع المالك إنْ شاء الغاصب، وإنْ شاء المشتري إذا أتلف[1]، والفَرْق عند ابن القاسم أن المالك إذا ابتدأ بتضمين المشتري، كان للمشتري الرجوع على البائع ـ وهو الغاصب ـ وكذلك الموهوب له، فإنه إذا غرم قيمة المغصوب لم يكن له رجوع البتَّة على أحد[2].

فإن قلت: أي القولين الباقيين من الأقوال الثلاثة هو القول الشاذ الذي قابل به المؤلف رحمه الله القول المشهور؟

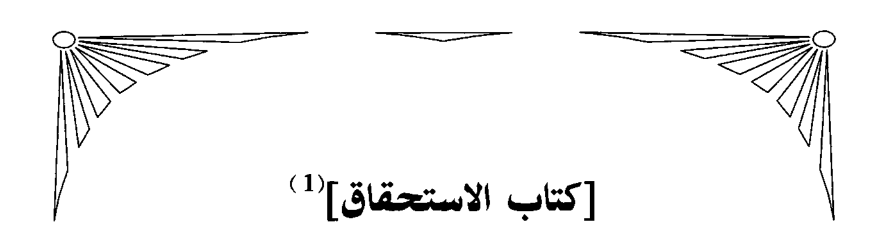
قلت: الأقرب أنه قول غير ابن القاسم في كتاب الاستحقاق، إذ لا إشعار في كلامه بالتخيير[3].

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 413.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 242، والنوادر والزيادات 10/ 412.

(3) (بالتخيير): سقطت من «ج».



[كتاب الاستحقاق][1]

قوله: ﴿ الاسْتِحْقَاقُ، فإن استُحقَّتِ الأَرْضُ مَزرُوعَةً بَعْدَ إِبَّانِ الزِّرَاعَةِ فَلا شَيْءَ لِلْمَالِكِ عَليهِ، زَرَعَهَا أَوْ أكرَاهَا ﴾.

يعني: أن من بيده أرض بوجه شبهة يظنها ملكاً له، إمَّا لأنه اشتراها من غاصب لم يعلم بغضبه، أو اعتقد أنها موات فأحياها، ثم ثبت أنها ملك لغيره بعد أن زرعها وفات إبَّان[2] الزراعة، فمنفعتها لهذا الزَّارع من غير عِوَض يلزمه في ذلك، وسواء تولَّى زرعها بنفسه أو إكراها ممن زرعها[3]، وأما إن كان زارعها غاصباً، فهذا الوجه لم يتعرض المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ لبيانه هنا، والكلام فيه يطول، وتقريبه أنَّ ربَّ الأرض إن قام على الغاصب بعد الحرث وقبل الزراعة، كان له أخذ الأرض بمنفعتها من غير عوض، على أظهر القولين في تزويق[4] الجدار وشبهه[5]، وإن كان قيامه بعد الزراعة وقبل ظهور الزرع، أو بعد ظهوره وقبل أن ينتفع به، فله أن يأمر الزارع بقلعه، أو يأخذه بغير عوض[6]، ولو اتفقا

---

(1) الاستحقاق في اللغة: من استحق الشيء؛ أي: استوجبه. ينظر: لسان العرب 10/ 53.
أما في الشرع: فهو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله، أو حرية كذلك بغير عوض. شرح حدود ابن عرفة 2/ 470.
قال تعالى: ﴿فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا﴾ [المائدة: 109] أي: فإن اشتهر وظهر وتحقق من الشاهدين الوصيين أنهما خانا أو غلّا شيئاً من المال الموصى به إليهما. تفسير ابن كثير 2/ 113.

(2) إبان كل شيء وقته وحينه الذي يكون فيه. لسان العرب 4/ 13، (أبن).

(3) ينظر: المدونة 14/ 374، والكافي 1/ 455، والبيان والتحصيل 11/ 212.

(4) تزويق الجدار؛ أي: تزيينه وطلائه. ينظر: لسان العرب 10/ 150، (زوق).

(5) ينظر: التفريع 2/ 277، والمعونة ص1225، والكافي 1/ 432، والذخيرة 9/ 16.

(6) ينظر: المدونة 14/ 374، والمعونة ص1219، والكافي 1/ 455، والذخيرة 9/ 16.

على إبقائه في الأرض بكراء، فمنع منه ابن المواز؛ لأنه يؤدي إلى بيع الزرع قبل بدُو صلاحه، ورأى أن المالك لمَّا كان قادراً على أخذه بغير عوض فأبقاه لزارعه بكراء، كان ذلك الكراء عوضاً عنه في المعنى، فهو بيع له على التبقية[1]. وخرَّج بعض الشيوخ في ذلك خلافاً من الخلاف فيمن ملَك أن يملك. وإن كان قيامه بعد أن بلغ الزرع مبلغاً ينتفع به ولم يخْرُج إبَّان الحراثة، كان للمالك أن يأمر الغاصب بقلعه، وهل له أن يُعطي الغاصب قيمته مقلوعاً ويبقيه لنفسه؟ قولان. والأظهر الجواز[2]، وإن كان قيامه بعد ذهاب زمان الزراعة، فعن مالك روايتان مشهورتان[3]:

إحداهما: ـ وهي الأشهر ـ أنه ليس له قلعة، ولا يجب له إلا كراء الأرض، إذ لا يحصل لرب الأرض بقلع الزرع حينئذ منفعة.

والرواية الأخرى: أنه مُخير في تبقيته على أخذ الكراء، أو يأمره بالقلع؛ لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[4]. فاتفقت الروايتان هنا، أنه ليس للمالك إلا الكراء. وعن مالك رواية شاذة، أن الزرع لصاحب الأرض، وعليه للغاصب[5] ما أنفق في ذلك. واختارها غير واحد، واحتج بما رواه الترمذي، قال النبي ﷺ: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فالزرع لرب الأرض، وعليه ما أنفق»[6].

قوله: ﴿فإِنْ كَانَ فِي إِبَّانِهَا أَوَ كَانَتْ تُزْرَعُ بُطُوناً فلِلمَالِكِ الخَيَارُ فِي أُجْرَةِ المِثْلِ مِنْ حِينَ وجُوبِهِ، أَوْ نِسْبَةُ مَا بَقِيَ﴾.

يعني: فإن قام المستحق من يد غير الغاصب ـ وهو الذي حرث أو زرع

---

(1) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 213، والذخيرة 9/ 38.

(2) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 135، والذخيرة 9/ 41.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 339، والتفريع 2/ 279، والمعونة ص1220، والذخيرة 9/ 41.

(4) أخرجه مالك في الموطأ 2/ 743، باب عمارة الموات.

(5) في «خ»: (للمالك).

(6) ونص الحديث في سنن الترمذي: عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: «من زرع في أرض قوْمٍ بغير إذنهم فليس له من الزرع شيءٌ وله نفَقَتُه». سنن الترمذي 3/ 648، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم، وقال أبو عيسى: حديث حسن غريب.

بشبهة شراء ـ وكان قيامه في إِبَّان الزراعة، وهي مما تزرع في العام مرة واحدة، أو كانت مما يزرع بطوناً فلم يستوف تلك البطون، فإن المالك يُخيَّر بين شيئين:

أحدهما: أُجْرة المثل فيما زرعه المستَحَق من يده، من الوقت الذي وجبت له الأرض وقضي له بها.

والثاني: أن يكون له نسبة ما بقي من مدة الكراء، على حسب الكراء الذي أكراها المستحق من يده، إن كان اكتراها لهذا الزرع، وهذا الكلام وإن كان ظاهراً في الفقه، فهو خلاف ظاهر «المدونة»، وموافق لقول عبد الملك. قال ابن القاسم في «المدونة»: وإن كانت أرضاً تزرع في السنة مرة، فاستحقها وهي مزروعة قبل فوات إِبَّان الزرع، فكراء تلك السنة للمستحق، وليس له قلع الزرع؛ لأن المكتري[1] زرع بوجه شبهة[2]. وقال عبد الملك: إنَّ قَدْر ما مضى من الكراء يكون للمستحق من يده[3]. يعني في العام الذي قام فيه المستحق، وعلى مثل هذا المعنى يكون الحكم إذا كانت تزرع بطوناً، هذا مما يتعلق بكلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ ولهذه المسألة وجوه تحتمل أكثر من هذا الكلام.

قوله: ﴿ فَإِنْ غَرَسَ، أَوْ بَنَى، قِيلَ لِلمَالِكِ: ادفَعْ قيمَتَهُ قائِماً، فإِنْ أَبَى قِيلَ لِلْمُشْتَرِي أو لِلْمُكْتَرِي: أَعْطِهِ قِيمَةَ أَرْضِهِ. فإِنْ أَبَى كانا شَرِيكَيْنِ بِقِيمَةِ أَرْضِهِ، وقَدْرِ مَا يُبْنَى بِهِ مِثْلَهُ علَى الأَشْهَرِ، لاَ بِمَا زَادَ ﴾.

يعني: أن المشتري الذي لم يعلم بالغصب أو المكتري كذلك، إذا قام عليهما المستحق، وأثبت ملكه بعد أن بنيا أو غرسا، ولم يرض بإمضاء الكراء، فإنه يقال لهذا المالك: إن شئت أن تعطي الباني أو الغارس قيمة البناء أو الغرس قائماً، فإن أبى من ذلك قيل للباني أو الغارس: أعطه قيمة أرضه بَراحاً[4]، لا بناء ولا غرس فيها، فإن امتنع من ذلك كانا

---

(1) في «ق»، «خ»: (المشتري).

(2) ينظر: المدونة 14/ 372، وبداية المجتهد 2/ 273.

(3) ينظر: الذخيرة 9/ 39.

(4) الأرض البراح: هي الأرض الواسعة التي لا نبات فيها ولا عمران. لسان العرب 2/ 409، (برح).

شريكين[1]، فالمالك بقيمة أرضه براحاً، واختلف في الباني والغارس على قولين:

أحدهما: أنه يكون شريكاً بقدر ما يُبنى به مثل ذلك البناء، وهو أشهر القولين[2].

والقول الثاني: وهو مشهور أيضاً: أن يكون شريكاً بما زادت قيمة البناء والغرس في قيمة الأرض براحاً[3].

وقد أكثر الشيوخ من الاعتراض على هذه المسألة، وزاد المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ زيادة توجب اعتراضاً آخر غير ما ذكروه، وهو أوْلَى بأن يُبدأ به؛ لأنه أخصُّ بكلام المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ وذلك أنه خيَّر المالك أولاً، بين أن يدفع قيمة البناء قائماً، وهذا يعطي أنه لا يجب للباني غير ذلك، لا أقل منه ولا أكثر. وقال: إذا أبى المالك والباني من دفع ما عُرِضَ على كل واحد منهما، كانا شريكين بقدر ما يُبنى به مثل الأرض. وقد عَلِمت أنه لا يكون شريكاً إلا بما وجب له، كما أن رب الأرض لا يكون شريكاً إلا بما وجب له، وهو قيمة الأرض الذي عرَض على الباني فأبى من دفعه، والذي تُبنى به الأرض مخالف لقيمة البناء قائماً، وإنما تَبع المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ذلك بعض الشيوخ، ممن استشكل قول ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ الذي جعل للباني أن يطلب قيمة البناء قائماً، وجعله يكون به شريكاً، فقيل: مراد ابن القاسم بقيمة البناء قائماً في الوجهين، هو قدر ما يُبنى به مثلها؛ لأنَّا إن أبقينا الكلام على ظاهره، أدى ذلك إلى أن يكون للباني جزء من الأرض، وهو موضع أُسس البناء؛ لأن البناء قُوِّم قائماً، ولا يتأتى قيامه إلا في مكانه، فيعطى الباني أزيد من الواجب له، فأجاب ذلك الشيخ بما قلناه، فذكر المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذا الكلام حيث يكونان شريكين، ولم يذكره في أول المسألة؛ بل جعل للمالك طلب قيمة البناء قائماً، وحقه أن

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 372، والنوادر والزيادات 10/ 78، والتفريع 2/ 282، والمعونة ص1224، والبيان والتحصيل 11/ 190، والرسالة للقيرواني 1/ 134.

(2) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 134، والتفريع 2/ 282، والمعونة ص1224، والبيان والتحصيل 11/ 190.

(3) ينظر: المدونة 14/ 370، والكافي 1/ 455، والذخيرة 9/ 38.

يسوي بين أول الكلام وآخره، فإما أن تبقي الرواية على ظاهرها في الوجهين، أو يتأولها فيهما، وليس لقائل أن يقول: إنه أبقى الرواية في أول الكلام على ظاهرها، وغيَّرها في آخره؛ لينبه بذلك على أنه أراد تأويلها، فإن ذلك لا يدل عليه كلامه مطابقة ولا التزاماً.

وقد جمع المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ[1] المكتري في هذه المسألة مع المشتري في الحكم، وإنما يجتمعان إذا لم يرض المالك بتمام عقد الكراء، ولم يمضه للمكتري، وهكذا قال في «المدونة»: إذا فَسَخ مستحق الأرض بقية مدة الكراء، فإنه يعطى للمكتري الذي بنَى وغرَس قيمة بنائه وغرسه قائماً، قال: ويرجع المكتري بالذي بنَى وغرَس[2] على من اكترى منه بما ينوب المدة التي فسخ كراءها مستحق الأرض، كما يرجع من اشترى سلعة فاستحقت من يده بثمنها على من باعها منه، فأسقط المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هذه الزيادة؛ لأنها مُعتَرضة عند الشيوخ بأن المكتري إذا أخذ قيمة الكراء قائماً بعد فسخ الكراء، فقد أخذ جميع حقه بكل وجه؛ لأن معنى كونه قائماً؛ أي: باقياً في الأرض، فكيف يرجع على المكتري بالكراء، فيكون قد أخذ حقه مرتين، وقد أراد بعض المحققين من الشيوخ، أن يجيب على الإشكال الذي أورده على ابن القاسم في صدر هذا الكلام، وهو لزوم إدخال شيء من الأرض في قيمة البناء قائماً، فأجاب عن ذلك: بأن مستحق الأرض لمَّا كان قادراً على أن يُلزِم الباني والغارس قيمة الأرض براحاً، فعَدَل عن ذلك، كان رِضاً منه بأن يُعطى الباني أو الغارس قيمة عملهما قائماً؛ لأن فعلهما وقع بوجه شبهة، فلا سبيل إلى إعطائهما قيمة ذلك مقلوعاً، وهذا حسَن لو كان رب الأرض مُخير في أن يلزم الباني قيمة الأرض براحاً، ولم يُخيروه في ذلك، وإنما خيَّروه في شيء آخر. وأيضاً فقد يقال: إن الباني لمَّا خُيِّر في دفع قيمة الأرض براحاً فلم يفعل، وكان رب الأرض أقوى عذراً من الباني؛ لأن الباني تصرَّف في ملك رب الأرض بغير إذنه، وجب ـ على هذا التقدير ـ ألا يكون للباني إلا قيمة بنائه منقوضاً؛ لكنهم أرادوا أن يفرقوا في الحكم بين من بنى متعدياً أو بنى بوجه

---

(1) (المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ): سقطت من «ج».

(2) (قيمة بنائه... بنى وغرس): سقطت من «ق».

شبهة، ولهذا يقوى قول من جعله شريكاً بما زادت قيمة البناء في قيمة الأرض براحاً؛ إلا أن هذا القول يضعف من وجه آخر، وذلك أن كثيراً من الأراضي لا يزيد البناء في قيمتها، إذا لم تكن مقصودة عند الناس للبناء غالباً، أو كان البناء الذي حصل فيها لا يليق بها لدناءته، فمثل هذه الأرض لا يزيد البناء في قيمتها، وعلى هذا يكون الغاصب فيها أحسَن حالاً ممن يبني بوجه شبهة؛ لأن الغاصب يأخذ قيمة بنائه منقوضاً ولا بد له من قيمة؛ وإنْ قلَّتْ، ومن بنى بوجه شبهة قد لا تزيد قيمة الأرض لأجل بنائه، كما قلناه، والله أعلم.

قوله: ﴿ وفِي الزَّرْعِ سِنِينَ يَفْسَخُ أَوْ يُمْضِي فإِنْ أَمضَاهُ فلَهُ نِسْبَةُ مَا يَنوبُهُ كَجَمْعِ سِلْعَتَيْنِ لِرجُلِينِ ﴾.

يعني: أن المستحق للأرض إذا قام بعد أن أكراها المستحق من يده للحرث سنين، وقد زُرِعت سنة ـ مثلاً ـ أو أكثر من ذلك، وانقضى إبَّان الزراعة، فكراء ما زرع للمستحق من يده، وما بقي من مدة الكراء، يكون المال مُخيراً فيه، بين فسخه وإمضائه[1]، وهذا ظاهر مما تقدم، فإذا أمضى الكراء في باقي المدة، فلا يكون له ذلك على عدد السنين؛ بل على حسب ما يراه أهل المعرفة، وذلك مجهول القدر للمالك حين الإمضاء، فاستشكل هذا المعنى غير واحد، فأجاب بعض الشيوخ عن ذلك، وهو الذي أشار المؤلف رحمه الله إلى معناه **بقوله: (كجمع سلعتين لرجلين)**. يعني: أن المستحق من يده له ما مضى من مدة الكراء، والمالك له ما بقي، فما يؤخذ من المكتري يشتركان فيه، ولا يضر المالك الجهالة بقدر منابه منه، كما لا يضر ذلك في جمع السلعتين لرجلين في البيع ـ على أحد القولين ـ وهذا كله التزام للإشكال، أجيب عنه بأن الخلاف في جمع السلعتين في ابتداء العقدة، وهو غرر في أصلها، ومسألة الاستحقاق هذه الغرر لا حق لها، ولواحق البيع لا يطلب رفع الغرر عنها، وقد يقال على هذا: إن مثل هذا الغرر غير مغتفر، كما إذا استحق أكثر الصفقة في الثياب، فقد منع ابن القاسم رحمه الله من تمسك المشتري بالأقل وإن كان غرراً لاحقاً بالعقدة، ولم يعتبره ابن حبيب، فانظر ذلك.

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 372، والنوادر والزيادات 10/ 405.

قوله: ﴿ ويُحَدُّ الواطِئُ العَالِم، والوَلدُ رقِيقٌ ولاَ نَسَبَ لَهُ ﴾.

إذا كان الواطئ غاصباً فلا شك في حدِّه وعدم لَحاق النَّسب، وأنه رقيق لمالك الأُم[1]، وإن كان مشترياً من غاصب وهو عالم بالغصب، وفي معناه الموهوب له، فكالغاصب[2]، وذلك هو مراد المؤلف رحمه الله هنا؛ إلا أن أهل المذهب قيَّدوا هذه المسألة بأن تقوم البينة قبل الوطء على أن الواطئ أقر بعلمه بأن الأمَة مغصوبة، أو تشهد الآن بينة أنه أقر عندهم قبل الوطء بعلمه، أمَّا إن لم يكن إلا مجرد إقراره الآن بأنه وطئ عالماً، فقالوا: يُحدُّ لأجل إقراره على نفسه بالزنا، ويُلحق به الولد، ولا يُقبل نفيه له؛ لتعلق حق الله تعالى وحق الولد في ثبوت النَّسب[3]، وهذه إحدى المسائل التي يجتمع فيها الحدُّ وثبوت[4] النسب[5]، وهي مسائل كنَّا قبل هذا جمعنا منها عدداً، وأظن أنَّا قد قدمنا شيئاً من الكلام عليها في هذا الكتاب، ولعل أن يأتي للكلام عليها موضع هو أليق بها من هذا الموضع.

قوله: ﴿ ويَضْمَنُ غَيرُ العَالِمِ قِيمَةَ الوَلدِ يَوْمَ الحُكمِ إنْ كانَ بَاقِياً، إلاَّ أَنْ يأْخُذَ فِيهِ دِيَةً، فيَكُونَ علَيْهِ الأَقَلُّ مِنْهَا أو مِنْ قِيمَةِ الوَلَدِ حَيّاً ﴾.

يعني: أن من وطئ أَمَة غيره بالملك، ولم يَعْلم أنها ملك لغيره، فلا خلاف في المذهب أن ولده منها حر لاحق النسب، ولا يكون لمستحق الأم أخذ الولد[6]، واختلف قول مالك، هل له أخذ الأم على ما يقوله المؤلف رحمه الله الآن؟ وما الواجب في الولد لمستحق الأم؟ فقال مالك رحمه الله مرة: له أخذ القيمة، وقال مرة أخرى: لا شيء له فيه[7]. وقال أبو

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 351، والرسالة للقيرواني 1/ 134، والنوادر والزيادات 10/ 398، 399، والمعونة ص1220، والمنتقى 5/ 271.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 398، والجواهر الثمينة 2/ 755.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 398.

(4) في «ج»: (لحوق).

(5) ينظر: فتاوى ابن رشد 1/ 472، 473.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 399، والتفريع 2/ 284، والمعونة ص1222، والجواهر الثمينة 2/ 755.

(7) ينظر: التفريع 2/ 283، والمعونة ص1222، والاستذكار 21/ 191، والكافي 1/ 456، وبداية المجتهد 2/ 273.

ثور[1] وداود: له أخذ ولد الغَارة[2]. وروي عن عمر[3] وعثمان[4] رضي الله عنهما أن يقضى له بأمثال الولد[5]، وروي عن عُمر رضي الله عنه أيضاً أنه قال: في ولد الغارة عبدان. وروي عنه أنه قضى فيها في مكان كل عبد عبدان، وفي مكان كل جارية جاريتان[6]. وكتب عُمر بن عبد العزيز[7] في ذلك، «أن يفادى أولاده بوصفين أحمرين، كل واحد باثنين، أحبَّ أهل الجارية أو كرهوا»[8].

ومذهب الشافعي رحمه الله: أن من وطئ أمة بملك اليمين فاستولدها، ثم أتى سيدها فاستحقها، فإنه يأخذها بعينها وقيمة ولدها يوم وُلِد أو يأخذ من مستولدها مهر البناء وأرش البكارة إن كانت بكراً، أو قيمة ما استخدمها، أو قيمة ما عطلها عن الخدمة إن كان لم يستخدمها؛ لأنه يرى أن الغلات تُردُّ في الاستحقاق من مشتر اغتل بوجه شبهة[9]، مثل ما ذهب إليه

---

(1) هو أبو عبد الله إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي ولقبه أبو ثور، أحد أصحاب الشافعي البغداديين. وله مؤلفات عدة منها: كتاب «ذكر فيه خلاف مالك والشافعي ومذهبه هو»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (240هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص112، وسير أعلام النبلاء 12/ 72.

(2) الاستذكار 21/ 195، والمنتقى 6/ 15.

(3) هو أبو حفص الفاروق عمر بن الخطاب القرشي العدوي، ثاني الخلفاء الراشدين، وأول من لقب بأمير المؤمنين، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (23هـ). ينظر: الطبقات الكبرى 3/ 265، وصفة الصفوة 1/ 268.

(4) هو أبو عبد الله عثمان بن عفان بن أبي العاص أمية بن عبد شمس بن مناف، ثالث الخلفاء الراشدين، لقب بذي النورين لتزوجه بنتي الرسول ﷺ رقية وأم كلثوم، وهو من السابقين للإسلام، توفي ـ رضي الله تعالى عنه ـ سنة (36هـ). ينظر: صفة الصفوة 1/ 294، والإصابة 2/ 456.

(5) ينظر: المعونة ص1223، والاستذكار 21/ 191، والمنتقى 6/ 15، والذخيرة 9/ 57.

(6) ينظر: الاستذكار 21/ 192، والمحلى 10/ 38.

(7) هو أمير المؤمنين أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم، روى عن أنس وعبد الله بن جعفر بن أبي طالب وغيرهما، تولى الخلافة بعد سليمان بن عبد الملك بالشام، وكان مضرب المثل في العدل وحسن السياسة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (101هـ) بالمدينة. ينظر: طبقات ابن سعد 5/ 330، تذكرة الحفاظ 1/ 118، وصفة الصفوة 2/ 113.

(8) الاستذكار 21/ 191، والمحلى 10/ 38.

(9) ينظر: المجموع 9/ 354، وروضة الطالبين 5/ 64.

السيوري[1]. **قال المؤلف: (ويضمن قيمة الولد يوم الحكم)** هذا هو المشهور[2]، خلاف لَما يقوله الآن عن المغيرة: «أن القيم في الولد يوم الوضع»[3]. كما حكيناه عن الشافعي، والأصل أن لمالك الأم أخذها؛ لأنها عَينُ شيئه، والأصل كان في الولد ما قاله المغيرة، أن تكون قيمته يوم الولادة؛ لتعذر أخذ عَينه، على ما اتفق السَّلف عليه. وأمَّا **قول المؤلف** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **(إلا أن يأخذ فيه دية)**. فهذا أيضاً هو المشهور، وعن أشهب: إنْ كان قَتْلُ الولد خطأ لم يجب للمستحق في دية الولد شيء[4]. وعلى القول الأول، لو قام المستحق قبل أخذ الأب الدية من العاقلة، فإن المستحق يأخذ من العاقلة أول نجم في القيمة، فإن تساويا فحسن، وإن كانت القيمة أقل من النجم الأول، أخذ الأب باقي النجم، وهكذا يأخذ من النجم الثاني إن كانت القيمة أكثر من النجم الأول، فإن كان قيام المستحق بعد أخذ الأب جميع الدية من العاقلة، لم يكن للمستحق أن يرجع على العاقلة، وإنما يتبع الأب؛ لأن العاقلة دُفِعت لمن يستحق قبْض الدية منها، وهو الأب[5].

قوله: ﴿ فَإِنْ أَخَذَهَا عَنْ عُضْوٍ غَرِمَ قِيمَتَهُ نَاقِصاً مَعَ الأَقَلِّ مِن النَّقْصِ أَوْ الدِّيَّةِ ﴾.

هذا الفرع مركب من الفرعين اللذين تقدما، وذلك أن العضو المقطوع من الولد يتنزل منزلة الولد لو قتل، فيكون في ذلك العضو الأقل من ديته أو ما نقَصَه القطع من قيمته صحيحاً، وتكون قيمة الولد مقطوع العضو بمنزلة قيمته سالماً[6]، ثم يضاف هذا الأقل إلى قيمة الولد ناقصاً، فيكون مجموع

---

(1) هو أبو القاسم عبد الوارث المغربي السيوري، شيخ المالكية في القيروان، أحد من يضرب بحفظه المثل في الفقه مع الزهد. له: «تعليق على المدونة»، وكان عارفاً بخلاف العلماء، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (460هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 18/ 213، والديباج 1/ 158.

(2) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 134، والمنتقى 6/ 15، والجواهر الثمينة 2/ 755.

(3) النوادر والزيادات 10/ 392، والجواهر الثمينة 2/ 755.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 392، والجواهر الثمينة 2/ 755، والذخيرة 9/ 59.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 397، والذخيرة 9/ 56.

(6) (وتكون قيمة... سالماً): سقطت من «ج».

ذلك للمستحق[1]، وهذا كله على مذهب ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ فوق هذا، وأمَّا على مذهب أشهب هناك الذي لا يجعل للمستحق شيئاً من دية الولد في الخطأ، فكذلك لا يكون له هنا شيء من دية اليد[2]. قال ابن القاسم في هذه المسألة وفي التي قبلها: وما فَضُل من الدية يكون للأب[3]. وتأوَّل الشيوخ هذا على أن المراد به: أن تلك البقية ينظر فيها الأب لولده الصغير، وهي مع ذلك ملك من أملاك الولد[4]، وعلى ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هنا، وذكرناه من قول أشهب رَحِمَهُ ٱللَّهُ يكون حُكم الغُرَّة[5] لو ضرب بطن هذه الأمة فألقت جنيناً ميتاً[6]، وهاهنا تمَّ القول الأول في اللازم بسبب الولد وما فرَّعه المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ عليه.

فقال: ﴿ وقَالَ المُغيرةُ يَومَ الوَضْعِ ﴾.

هذا أيضاً من تفاريع القول الأول، وقد تقدم ما ذكرنا من الخلاف في ذلك خارج المذهب.

قوله: ﴿ وكانَ مَالِكٌ يقُولُ: لمُسْتَحقِّها أَخْذَها إنْ شَاءَ معَ قِيمَةِ ولَدِهَا، ثُمَّ رَجَعَ فقَالَ: قِيمتهَا يَومَ يسْتحقُّها، ثمَّ رَجَعَ فقَالَ: قيمَتَها وَحْدَهَا يَومَ وطئهَا، قَالَ أَشْهَبُ: ثمَّ رَجَعَ إِلَى القَولِ الأوَّلِ ﴾.

لمَّا انقضى الكلام فيما يتعلق بالولد من الأحكام، أخذ يذكر ما في الأُمِّ من الأقوال لمالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ والقول الأول اختيار ابن القاسم ومذهب كثير من العلماء[7]، وروي عن علي ابن أبي طالب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ[8] والقول الثالث هو الذي

---

(1) ينظر: الذخيرة 9/ 59.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 392، والذخيرة 9/ 59.

(3) ينظر: النوادر 10/ 396، والذخيرة 9/ 59.

(4) ينظر: الذخيرة 9/ 56.

(5) الغُرَّة: هي ما يجب على من تسبب بموت جنين في بطن أمه. ينظر: المطلع 1/ 364، وتحرير ألفاظ التنبيه 1/ 305، والنهاية في غريب الحديث 3/ 353.

(6) ينظر: المدونة 2/ 437، والموطأ 2/ 855.

(7) ينظر: المدونة 14/ 383، والتفريع 2/ 283، والكافي 1/ 456، والذخيرة 9/ 54.

(8) هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب، رابع الخلفاء الراشدين، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، وابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته فاطمة الزهراء، وأول =

أفتى به مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ لمَّا أُسْتحقت أُمَّ ولده إبراهيم، وتابعه على هذا جماعة من كبار أصحابه كابن كنانة وابن دينار[1] وغيرهما، ثم رجع إلى المذهب الأول[2] كما ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال ابن كنانة: «وعلى هذا المذهب مات»[3]. وسبب الخلاف تقابل ضررين، ولا يخفى عليك تمام الكلام في التوجيه، قال ابن القاسم في كتاب القسم من «المدونة»، بعد أن ذكر القولين الأولين: ولو رضي المستحق بأخذ قيمتها وقيمة ولدها، لم يكن للذي أولدها أن يأبى ذلك، ويُجبر حينئذ في قولي مالك جميعاً على غرم قيمتها وقيمة ولدها يوم الاستحقاق[4]. وقال أشهب في كتاب «ابن المواز»: «هذا خطأ، وإنما كنت أقول لو قلت بهذا: عليه قيمتها يوم أحبلها، ثم لا قيمة له في ولدها؛ لأنه في ملكه وُلِد»[5]. وسُئل سحنون في «العتبية» عن رجل اشترى جارية فأولدها، ثم استحقها رجل، فدفعها إليه الذي أولدها، يتم اشتراها منه بعد ذلك، هل تكون الجارية أم ولد له أَمْ لا، حتى يولدها بعد الاشتراء؟ فقال: إن كان دفعها إليه بقضاء قاضٍ ثم اشتراها، فإنه لا تكون له أُم ولَد حتى يولِّدها[6] فيما يستقبل، وإن كان دفعها إليه صُلحاً عن غير قضاء قاضٍ ثم اشتراها، فإنها تكون أُم ولَد له بملكه الأول حين أولدها[7].

فإن قلت: هل الفرق بين القول الثاني وبين القول الثالث ـ على ما ذكره المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ مقصور على زماني القيمة؛ لأنه قال في القول الثاني: **(يوم مستحقها)**. وفي القول الثالث: **(يوم وطئها)**. أَمْ بينهما غير ذلك؟

= من آمن بالرسول بعد خديجة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (40هـ). ينظر: التاريخ الكبير 6/ 259، وطبقات ابن سعد 6/ 12، وصفة الصفوة 1/ 308.

(1) هو محمد بن إبراهيم بن دينار الجهضمي، من كبار أصحاب مالك، درس مع مالك على ابن هرمز، روى عنه البخاري، وقال عنه: معروف الحديث، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (182هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص151، الديباج 1/ 227.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 392.

(3) النوادر والزيادات 10/ 392.

(4) ينظر: المدونة 14/ 511.

(5) النوادر والزيادات 10/ 392.

(6) (حتى يولدها. . . أم ولد حتى يولدها): سقطت من «ج».

(7) ينظر: البيان والتحصيل 4/ 394.

قلت: بينهما فرق آخر، أشار إليه المؤلف رحمه الله في قوله في القول الثالث: **(قيمتها وحدها)**. فقَيْد الوحدة مقصور على القول الثالث، فيكون الواجب على الواطئ في القول الثاني قيمتها يوم وطئها، مع قيمة ولدها يوم الحكم.

قوله: ﴿ فَإِنْ وطِئَهَا بالمِلكِ فاستُحِقَّتْ بِحُرِّيَّةٍ، فقالَ مالِكٌ: لاَ صَدَاقَ لَهَا، واستُشْكِلَ وَخُولِفَ، والغَلَّةُ مُنزَّلَةٌ عَليهِ ﴾.

يعني: أن من اشترى أَمَة فوطئها ثم استحقت بأنها حرة، فاختلف المذهب، هل لها صداق أمْ لا؟ فقال مالك رحمه الله: لا صَدَاق لها[1]. وقال المغيرة: لها الصَّداق[2]. والقولان في «المدونة»، واختار غير واحد مذهب المغيرة؛ لأن الوطء انتفاع بغير مملوكة، ولا ضمان فيها، بخلاف من استحقت بملك بعد أن وطئها من كانت بيده، فإن ذلك الوطء يجري مجرى غلات المضمون، وهذا هو وجه الإشكال الذي أشار إليه المؤلف **بقوله: (واستشكل)**. وأشار **بقوله: (وخُولف)**. إلى قول المغيرة الذي حكيناه.

فإن قلت: فهلا استغنى المؤلف بقوله: (وخولف). عن قوله: (واستشكل)؛ لأن من خالف قولاً لا بد أن يعتقد أن الصواب في مخالفته؟

قلت: قد يكون المستشكل غير المخالف، فإن الإشكال إنما يكون غالباً من عَرْض القول على أصول ذلك القائل، فلا تقبله أصوله، والمُخالف لقول قد يوافق على أصول ذلك القول، ويُخالف في الإجراء عليها، وقد يخالف في الأصول التي بنى عليها القول، ويُسلِّم صحة الإجراء عليها، فلا يكتفي بإحدى الكلمتين[3] على الأخرى، وأما **قول المؤلف** رحمه الله: **(والغلَّة منزلة عليه)**. فيعني به: وغلَّة هذه الأَمَة منزلة على الصَّداق، فإن قلنا: لا صَدَاق على الواطئ، لم تلزمه غلة، وإن قلنا: عليه الصَّداق، لزمه رد الغلة، وهو ظاهر، وإن كان بعضهم أسقط عن المستحق من يده ردُّ الغلة، وألزمه رد الصَّداق،

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 382، والنوادر والزيادات 10/ 398، والمنتقى 5/ 378، والذخيرة 9/ 74.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 376، والذخيرة 9/ 74.

(3) في «ج»: (الكليتين).

وما قاله المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ هو مذهب المتقدمين[1]، وهو الأظهر، والله أعلم.

وقد ظهرَ ممَّا قلناه: أن الضمير المجرور من قوله: (عليه). راجع إلى الصَّداق، ويحتمل عوده على الخلاف المفهوم من **قوله: (وخولف)**. والوجه الأول أظهر.

قوله: ﴿ وفيهَا: والمُتَعَدِّي يُفَارِقُ الغَاصِبَ؛ لأنَّ المُتَعَدِّي جَنَى عَلَى بَعْضِ السِّلْعَةِ والغَاصِبُ أَخَذَهَا، كَكَسْرِ الصَّحْفَةِ وتَخْرِيقِ الثَّوبِ ﴾.

هذه المسألة ذكرها المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ من «المدونة»[2]؛ ليتوصل بها إلى الكلام على أحكام المتعدي، وقد قدمنا قبل هذا أن التفريق بين الغصب والتعدي[3] مشكل[4]، فإمَّا أن يكون المؤلف نسَب هذه المسألة إلى «المدونة» لذلك، وإمَّا أن يكون ـ وهو الأقرب ـ نسبها إلى «المدونة» لأن هذا تفريق من حيث الحكم لا من حيث المعنى، وأيضاً فإنه لا يعمُّ صُور التعدي، ألا ترى أن المكتري إذا زاد في المسافة، وكذلك المستعير، يكون حكمهما حكم المتعدي لا حكم الغاصب، وكذلك من أودعت عنده دابة أو ثوب فاستعملها[5]، فهذا الفرق الذي ذكره عن «المدونة» لا يكفي في هذا الموضع، والله أعلم.

ولـمَّا كان التعدي عند المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ مقصوراً على ما ذكره أو كالمقصور، مثَّله بكسر الصَّحفة، وتخريق الثوب.

قوله: ﴿ فإنْ كانَ فَسَاداً كَبِيراً خُيِّرَ ربُّهَا بينَ أخْذِهِ ومَا نَقَصَهُ، وبَيْنَ قِيمَتِهِ ﴾.

هذه المسألة مما يفترق فيها حكم الغصب من حكم التعدي على المشهور[6]، وذلك أن العيب اليسير في [الغصب][7]، مُوجب لتضمين

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 398.

(2) ينظر: المدونة 14/ 357، 358.

(3) التعدي: هو التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه. شرح حدود ابن عرفة 2/ 468.

(4) ينظر ص305.

(5) ينظر: المدونة 11/ 482، 15/ 164.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 332، والمنتقى 5/ 275، والجواهر الثمينة 2/ 756.

(7) في جميع النسخ: (التعدي). ولعل الصواب ما أثبتناه.

الغاصب إن شاء ذلك رب المغصوب، وليس له ذلك في العيب اليسير في التعدي على المشهور[1]، على ما يذكره المؤلف رحمه الله الآن. وقال أشهب ـ وهو ظاهر كتاب القذف من «المدونة» ـ: إن المتعدي لا يضمن فيه ما نقص، فإمَّا أن يريد الثوب ـ مثلاً ـ تضمينه قيمة الثوب سالماً يوم تعدى عليه بالإفساد، وإمَّا أن يأخذ الثوب على حاله ولا يأخذ ما نقص[2]، وهو كان الأَوْلى.

قوله: ﴿ قَالُوا: بَعدَ رَفوِ الثَّوبِ وشَعْبِ القَصْعَةِ، وضُعِّفَ. وقَالَ أشْهَبُ: يُخَيَّرُ بِغَيرِ شَيءٍ، وَرَجَعَ عَنْهُ ابنُ القَاسِمِ ﴾.

جَرَتْ عادة المؤلف رحمه الله أن يأتي بهذه الصيغة؛ أعني لفظة: **(قالوا)** إذا كانت المسألة منصوصاً عليها في المذهب للمتقدمين ثم يستشكلها، وليست هذه المسألة منصوص عليها للمتقدمين، وإنما ذكر هذا بعض الشيوخ، وأنكر غيره وقال: ظاهر نصوصهم خلافه، وأنه لا يلزمه في العيب اليسير رفو ولا شعْب، إذ قد يلزم في رفو الثوب إذا كان خرقه كثيراً مثل قيمة الثوب صحيحاً أو ما يقاربها، ولعل هذا الكلام أو ما في معناه هو الذي أراده المؤلف رحمه الله بقوله: **(وضُعِّف)**. **وأما قول المؤلف** رحمه الله: **(وقال أشهب: يُخير بغير شيء. ورجع عنه ابن القاسم)**. فهو الذي كتبناه فوق هذا. ومعنى **قوله**: **(بغير شيء)**؛ أي: لا يلزم المتعدي ما نقصه العيب.

قوله: ﴿ فإنْ كَانَ يَسِيراً فلَيسَ لَهُ إلاَّ مَا نَقَصَهُ بَعدَ رَفْوِهِ بِاتِّفَاقٍ، وقَدْ كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ: مَا نَقَصَهُ، ولاَ يُفَصِّلُ بَيْنَ قَلِيلٍ، ولاَ كَثِيرٍ ﴾.

يعني: فإن كان خَرْق الثوب يسيراً، فلا يكون لربه إلا ما نقصه بعد أن يرفوه المتعدي[3]، وإلى **قوله**: **(بعد رفوه)**. يرجع **قوله**: **(باتفاق)**؛ أي: اتفق على الرفو في هذا القِسم، ولم يختلف فيه كما اختلف في القِسم الذي قبله، إذا كان الخرْق كثيراً هل يرفوه لربه أَمْ لا؟ ويحتمل أن يرجع قيْد الاتفاق المذكور إلى تضمين نقص الثوب الذي تعدى فيه تعدياً يسيراً، وقد يقوي هذا

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 332، والمنتقى 5/ 275، والجواهر الثمينة 2/ 756.
(2) ينظر نفس المصدر والصفحة.
(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 756.

الوجه أن ابن المواز قال في المتعدي يُفسد الثوب فساداً يسيراً: «لا يلزمه إلا ما نقصه بعد رفوه». قال: ولم يختلف في هذا القول مالك رحمه الله ولا ابن القاسم ولا أشهب، كانت جنايته عمداً أو خطأ»[1]. وأيضاً، فقد قال بعضهم: لو قال قائل في اليسير: إنما عليه ما نقصه فقط، لم أعبْه؛ لأنه إذا أعطاه ما نقصه القطع، دخل الرفو في قيمة هذا النقص[2]. لكنه احتج على هذا بحجة غير ظاهرة.

قوله: ﴿وسَوَاءٌ الحَيَوانُ وغَيرُهُ﴾.

أي: في التفرقة بين الفساد اليسير والكثير، وغير أنه لا يتأتى فيه الإصلاح كما يتأتى في الثوب والقصعة، وهل يتنزل منزلة ذلك أُجرة الطبيب أوْ لا؟ ظاهر المذهب هنا أنه لا يقضى على المتعدي بها، وفرَّق بينهما أن أُجرة الرفو معلومة ويظهر أثرها، وأُجرة الطبيب لا تعلم غايتها وقد لا يظهر أثرها، فلم يكلف المتعدي بها، واستغنى بإغرامه قيمة النقص[3].

قوله: ﴿والكَثِيرُ: مَا أفَاتَ المَقْصُودَ وإِنْ كَانَ فِي الصُّورَةِ يَسِيراً، كَقَطْعِ ذنَبِ البَغْلَةِ وأُذْنيهَا، وقَطْعِ طَيْلَسَانِ ذِي الهَيئَةِ وجُبَّتِهِ وعِمَامَتِهِ وشِبهِ ذَلِكَ﴾.

لمَّا قدَّم حُكم الكثير واليسير وأن حكمهما مختلف، أخذ يبيِّن ما هو الكثير، وبيانه بالمطابقة يستلزم بيان حكم اليسير. والكثير ـ على ما قال ـ هو: المُفيت المقصود، سواء كان في الصورة كثيراً، كقطع اليدين والرجلين معاً، أو قطع اليدين خاصة، أو الرجلين خاصة، أو فقء العين، أو كان يسيراً في الصورة وهو كثير في المعنى[4]، ومثاله: ما ذكره المؤلف من قطع ذنَب البغلة وأذنيها، وتقييده قطع الطَّيْلَسَان[5] والجُبة والعمامة بأن تكون من لباس ذي الهيئة، دليل على أن قطع الذَّنَب والأُذنين، إنما يعتبر في مركوب ذي الهيئة

(1) المنتقى: 5/ 275، والذخيرة 8/ 291.

(2) ينظر: الذخيرة 8/ 291.

(3) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(4) ينظر: المنتقى 5/ 275، والجواهر الثمينة 2/ 756.

(5) الطَّيْلَسَانُ: ضرب من الأكيسة، وقيل: إن أصل هذا الاسم ليس بعربي وإنما هو فارسي. ينظر: لسان العرب 6/ 125، (طلس).

أيضاً[1]، ولو أتى بعبارة أجلى من هذه لكان أحسن.

فإن قلت: هل مراد المؤلف رحمه الله أن قطع الذَّنَب كافٍ وأن الأذنين كذلك، أو مراده إنما هو الجمع بين قطع الأُذنين مع الذَّنَب؟

قلت: الذي يقتضيه كلامه إنما هو ما حصل بسببه الشَّيْن الكثير، وقطع الذَّنَب وحده كافٍ في ذلك، وكذلك الأذنين؛ إلا أن في كلام المتقدمين ما يوهم خلاف ذلك، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: «إن قَطَعَ ذنَبه وهو فرَس أو حمار أو بغل فاره، ضمن قيمة جميعه؛ لأنه أبطل الغرض فيه من ركوب من يركب[2] مثله من ذوي الهيئات، بخلاف العيْن والأذن. وقاله أصبغ»[3]. فقولهم في العين والأذن، إنما يريدون به العين أو الأذن الواحدة، لا مجموع العينين، وأما قطع ذلك ـ أعنِي: الأُذنين أو الذَّنَب من غير المركوب من ذوي الهيئات ـ فليس بمفيت[4]، وعليه يُحمل ما وقع في كتاب «ابن المواز» عن أشهب قال: «وأما الدواب والبهائم، فإن قطع اليد الواحدة يذهب منافعها أو جُلها، وتجب عليه فيه قيمة الدابة، وأما فقء عينها أو قطع أذنها أو ذنَبها أو كسرها كسراً تنْجبِر فيه، فإنما عليه ما نقصها»[5]. «وقاله عمر بن عبد العزيز ومالك وأبو الزناد[6]»[7]. فقال مطرف وأصبغ: «لو تعدى على شاة بأمرٍ، فقَلَّ لبنها به، فإن كان عَظْمُ ما تُراد به اللَّبن، ضمن قيمتها إن شاء، وإن لم تكن غزيرة اللَّبن فإنما يضمن ما نقصها، وأما النَّاقة والبقرة فإنما

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 756.

(2) (يركب): سقطت من «ج».

(3) النوادر والزيادات 10/ 338، والمنتقى 5/ 275، والجواهر الثمينة 2/ 756.

(4) ينظر: المدونة 14/ 345، والمنتقى 5/ 275.

(5) النوادر والزيادات 10/ 337، والمنتقى 5/ 275.

(6) هو الحافظ أبو عبد الرحمٰن عبد الله بن ذكوان القرشي المدني، مولى رملة بنت شيبة بن ربيعة بن عبد شمس، زوجة عثمان بن عفان رضي الله عنه، حدث عن أنس بن مالك وابن المسيب وخارجة بن زيد وغيرهم، وحدث عنه ابن أبي مليكة ومالك والليث وسفيان الثوري وسفيان بن عيينة وخلق غيرهم، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (131هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص50، وسير أعلام النبلاء 5/ 445، وتهذيب التهذيب 5/ 203.

(7) النوادر والزيادات 10/ 337، والمنتقى 5/ 275.

فيها ما نقصهما وإن كانتا غزيرتي اللَّبن؛ لأن فيهما منافع غير ذلك باقية»[1].

وأما مثل الكثير في الصورة والمعنى، فلا يحتاج إلى تعدادها؛ لبيانها بنفسها، كفقوء عيني العبد، وقطع يديه، على ما ذكره في كتاب الديات من «المدونة»[2]، وإن كان كلامه في كتاب الغصب قد يوهم خلاف ذلك؛ إلا أنه متأول على الموافقة، واختلف المذهب بعد ذلك: هل يعتق هذا العبد على المتعدي بعد ذلك أو لا؟ فذهب ابن القاسم وأشهب على أنه يعتق على المتعدي. وخالف في ذلك مطرف وابن الماجشون وقالا: «لأنه إنما مَثَّل بعبد غيره»[3]. وعندهما أن السيد لو شاء أن يمسك العبد ويأخذ ما نقصه لم يكن له ذلك[4]، وما ذكراه في العتق هو الأقرب؛ لأن العتق بالمُثلة[5] مشروط بكونه في مِلك، ولم يتقرر المِلك قبل ذلك، وكأن ابن القاسم وأشهب عدَّا المِلك سابقاً على المثلة أو قدَّرا كونهما واقعين معاً إلا أنهما احتطا للعتق.

وقد جرينا في هذا الموضع على عادتنا من الاقتصار على ما يتعلق بكلام المؤلف رحمه الله وعلى ذلك نجري فيما يأتي إن شاء الله.

---

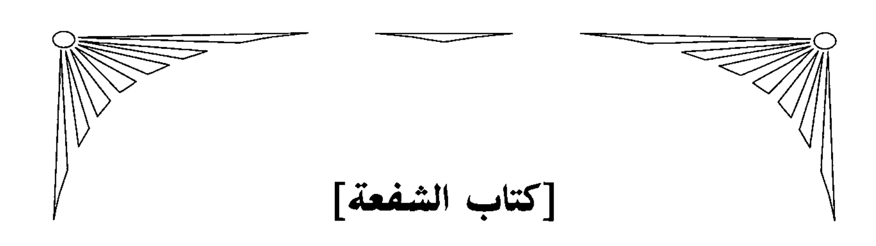
(1) النوادر والزيادات 10/ 337، والمنتقى 5/ 275.

(2) ينظر: المدونة 16/ 333.

(3) النوادر والزيادات 10/ 338.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 10/ 338، والمنتقى 5/ 276.

(5) العتق بالمثلة هو: أن يمثل السَّيد برقيقه عمداً مُثلةَ شَينٍ فيعتق عليه ويعزر. ينظر: الكافي 1/ 511، والرسالة للقيرواني 1/ 115.
وقال في المدونة: «قلت: أرأيت من مثَّل بعبده، أيعتق عليه في قول مالك؟ قال: نعم. قلت: فإن قطع أنملة من إصبعه أهي مُثلة في قول مالك؟ قال: نعم، إذا تعمد ذلك. قلت: أرأيت إن أحرقه بالنار عمداً فأحرق شيئاً من جسده أتكون هذه مُثلة في قول مالك؟ قال: نعم، إن كان على وجه العذاب له، وإذا كَواه بالنار لمرض يكون بالعبد، أو يكون أراد بذلك علاج العبد، فلا شيء ولا يعتق العبد، بهذا قال». المدونة 7/ 218.



[كتاب الشفعة]

الشُّفْعَةُ: قال غير واحد: أنها بسكون الفاء، فقيل: إن أصل ذلك من الشَّفع الذي هو ضد الوِتْر؛ لأن الشفيع يضُم الحصة التي يأخذها إلى مالكٍ له قبل ذلك، فيصير ملكه شفعاً بعد أن كان وتْراً، وقيل: من الشفاعة؛ لأنه تشفَّع بنصيبه إلى نصيب صاحبه. وقيل: كان في الجاهلية إذا باع الرجل حصته أو أصله، أتى المجاور شافعاً إلى المشتري ليوليه ما اشتراه، ويصله بما كان يملكه[1]. وهي مُجمع عليها من حيث الجملة، وفيها أحاديث كثيرة، ففي «الصحيح» عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شِركٍ في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدَع، فإن أبى، فشريكه أحق به حتى يؤذنه»[2]. وفيه أيضاً، عن أبي هُريرة قال: «جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصُرِفَتِ الطرق، فلا شفعة»[3]. وفيه أيضاً عن أبي رافع[4] قال: «سمعت النبي ﷺ يقول: ... الجار أحق بِصَقَبِهِ»[5][6].

---

(1) ينظر: لسان العرب 8/ 184، (شفع).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه 3/ 1229، باب الشفعة.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه 2/ 770، باب بيع الشريك من شريكه.

(4) هو أبو رافع أسلم القبطي، مولى رسول الله ﷺ شهد أُحد والخندق، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ بالكوفة سنة (40هـ). ينظر: طبقات ابن سعد 4/ 73، ومشاهير علماء الأمصار 1/ 129، وسير أعلام النبلاء 2/ 16.

(5) الصَّقَبُ: هو القرب والملاصقة، ويروى بالسين بدل الصاد. ينظر: لسان العرب 14/ 464، (صَقَبَ). والنهاية في غريب الحديث 3/ 41.

(6) أخرجه البخاري في صحيحه 6/ 2560، باب في الهبة والشفعة.

وقول المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ في تفسير حقيقة الشفعة اصطلاحاً: ﴿ أَخْذُ الشَّرِيكِ حِصَّتَهُ جَبْراً شِرَاءً ﴾.

أتى بلفظ: **(أخذ)** كالجنس لهذا الرسم. ولفظة: **(الشريك)** كالفصل أو الخاصة[1]، احترازاً من الجَار، فإنه لا شفعة له[2] على ما سيأتي. **وقوله: (حصته)**. احترازاً من أن يأخذ منه ما ليس بينه وبينه شركة فيه، فإن الشريك قد يُقضى له على شريكه بحق غير متعلق بالشركة. **وقوله: (جبراً)**. احترازاً من مَحْض الشراء الاختياري. وقوله: **(شراء)**. ليُخرج الاستحقاق، وربما اعُترِض عليه بأنه غير مانع؛ لدخول ما يأخذه الشريك من شريكه من الحصص جبراً شراء[3] في الثياب وغيرها إذا كانت لا تنقسم، ودعى أحدهما صاحبه إلى البيع، فإنه يُعرض المشترك بينهما من ذلك للبيع، فإذا وقف على ثمن، فمن شاء منهما أخذه بذلك أخذه. وأجيب: بأنَّا لا نسلم أنه أخذه الآن حصة شريكه خاصة، وإنما أخذ المبيع كله بثمنه، غير أنه يسقط عنه ثمن حصته، ويدفع لشريكه ثمن حصته، وليس هذا الجواب[4] بالقوي، ولمَّا كانت حقيقة الشفعة عنده هي ما ذكره، استلزم ذلك مأخوذاً ومأخوذاً منه ومأخوذاً به، فكانت هذه الثلاثة هي أركان هذه الحقيقة.

فقال: ﴿ المَأخُوذُ: إنْ كَانَ عَقَاراً مُنْقَسِماً غيرَ مُنَاقَلٍ بِهِ، ولاَ تَابِعٍ، أُخِذَ اتِّفَاقاً ﴾.

هذا الكلام يخص الصورة المتفق على وجوب الشفعة فيها للشريك، وهو مشتمل على قيود:

القيد الأول: أن يكون المأخوذ عقاراً، واختلف العلماء في غير العقار[5]،

---

(1) الخاصة: كلية مقولة على أفراد حقيقة واحدة فقط، قولاً عرضياً، سواء وُجِدَ في جميع الأفراد كالكاتب بالقوة بالنسبة للإنسان، أو في بعض أفراده كالكاتب بالفعل بالنسبة إليه. التعريفات 1/ 128.

(2) ينظر: الرسالة للقيرواني ص117، والتفريع 2/ 299، والمعونة ص1267.

(3) في «ج»: (اشتراءً).

(4) في «ج»: (الحديث).

(5) العقار: بفتح العين، المال الثابت؛ كالأرض والدار والشجر وغير ذلك. ينظر: التعريفات 1/ 196، والمطلع 1/ 274.

هل تتعلق به شفعة؟ فالجمهور على أن لا شفعة فيه[1]، وذهب بعض المكيين إلى وجوب الشفعة في ذلك[2]، وحكاه بعض المخالفين عن مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ والمالكية أنكروا نسبة هذا القول إلى مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ حتى قال بعض الشيوخ: لعله رأى قول مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الحائط[3] يباع شِقص منه وفيه الحيوان والرقيق، أن الشفعة في جميع ذلك[4]، فظن أنه يرى الشفعة في الحيوان والرقيق. قال: أو يكون رأى قوله في الثوب المشترك وغيره من العروض[5]، فذكر الصورة التي قدَّمنا ذكرها في الاعتراض على رسم الشفعة[6]، واحتج الجمهور بما رواه جابر عن عبد الله قال: «إنما جعل الرسول ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة»[7]. قال ابن حنبل: «هذا أصح حديث روي فيه»[8]. واحتج الآخرون بما رواه الترمذي عن ابن أبي مليكة[9] عن ابن عباس[10] قال: قال رسول الله ﷺ: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء»[11]. قال بعضهم: يروى

---

(1) ينظر: الموطأ 2/ 713، والرسالة للقيرواني 1/ 117، والتفريع 2/ 299، والمعونة ص1268، والكافي 1/ 436، والقبس 2/ 855، والمقدمات 3/ 64، وبداية المجتهد 2/ 216.

(2) ينظر: الاستذكار 21/ 262، والتمهيد 7/ 49، والمنتقى 8/ 222، والمقدمات 3/ 64.

(3) الحائط: هو البستان من النخيل إذا كان عليه جدار. لسان العرب: (حوط).

(4) ينظر: المنتقى 6/ 214.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 32، والبيان والتحصيل 12/ 77.

(6) ينظر ص358.

(7) سبق تخريجه ص357.

(8) الاستذكار 21/ 264.

(9) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة التميمي القرشي المكي، مؤذن ابن الزبير وقاضيه بالطائف، سمع من عائشة وأسماء ابنتي أبي بكر الصديق، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (119هـ). ينظر: طبقات الشيرازي ص96، وشذرات الذهب 1/ 153، وسير أعلام النبلاء 5/ 88، وتهذيب التهذيب 5/ 306.

(10) هو عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، ترجمان القرآن، ابن عم رسول الله ﷺ كان صاحب حكمة وفقه، ولذلك كان عمر وعثمان يستشيرانه فيشير عليهما، وكان يفتي في عهدهما، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (68هـ). ينظر: تذكرة الحفاظ 1/ 40، وصفة الصفوة 1/ 446.

(11) أخرجه الترمذي في سننه 3/ 654، باب ما جاء في الشفيع. قال أبو عيسى: هذا =

مرسلاً[1]، وهو أصح[2].

والقيد الثاني: أن يكون العقار منقسماً؛ أي: قابلاً للقسمة[3]، وقد تقدم لنا في غير هذا الموضع أن لفظة: (انفعل) وما تصرف منها، إنما تستعمل فيما هو حاصل بالفعل، لا فيما هو قابل للحصول، وسيأتي الكلام على الخلاف الذي يدل عليه هذا القيد **والقيد الذي بعده** ـ وهو: كونه غير مناقل به ـ حيث يليق به من كلام المؤلف.

وأما القيد الرابع وهو **قوله**: **(ولا تابع)**. فظاهره أن الصفقة إذا كانت تشتمل على غير عقار وعلى عقار؛ لكن العقاب تابع لِما ليس بعقار، فإنه لا شفعة في ذلك العقار، إمَّا باتفاق في المذهب أو باختلاف، وهذا ليس بصحيح، فإن مثل هذه الصورة متفق على وجوب الشفعة فيها فيما أعلمه[4]، وإنما يريد بهذا الكلام إخراج الصورة التي يذكرها بعد هذا مختلفاً فيها، وهي الأنقاض في الأرض المحبسة أو المُعارة، فكأنه يقول: وأن لا يكون البناء الذي هو من جنس ما فيه الشفعة؛ لكونه مشتركاً تابعاً للأرض التي لا شفعة فيها، لمانع منَع من ذلك، إما لكونها غير مشتركة أو لغير ذلك.

قوله: ﴿ والشَّجَرُ والبِنَاءُ والبِئرُ وفَحْلُ النَّخْلِ تَبَعٌ لَهُ ﴾.

هذه التَبعية مخالفة للتبعية التي ذكرنا الآن معناها، ومعنى هذه: أن البناء والشجر وما يشبههما، وإنْ كانا ليسَا من جملة الأرض؛ ولكنهما لشدة اتصالهما بالأرض صارا كالجزء منها، فإذا بيعا مع الأرض في صفقة، وجبت

= حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً، وهذا أصح.

(1) المرسل من الحديث هو ما رفعه التابعي إلى الرسول ﷺ من قول أو فعل أو تقرير، صغيراً كان التابعي أو كبيراً، ومعنى ذلك أنه هو الحديث المرفوع إذا سقط من سلسلة إسناده الصحابي، على أن يقول التابعي أو غير الصحابي: قال رسول الله ﷺ... ينظر: الكفاية في علم الرواية ص551.

(2) سنن الترمذي 3/ 654، والاستذكار 21/ 308.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 757.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 165، والمنتقى 6/ 214، والجواهر الثمينة 2/ 757.

الشفعة في الجميع[1]، بخلاف انضمام الثوب وشبهة للأرض في صفقة التابع[2]، وأما البئر وفحْل النخل فلا يحتاج لذكرهما بخصوصيتهما؛ لأن البئر جزء من الأرض، وفحْل النخل نوع من الشجر، وإنا يختصان بحكم آخر وهو إذا انقسمت الأرض وبقي فحْل النخل والبئر مشتركاً، فقال في «المدونة» في مسألة الماء: إذا قسمت الأرض وبقي الماء، ثم بِيع، أنه لا شفعة فيه[3]. وقال في «العتبية»: «في الشفعة»[4]. واختلف الشيوخ، هل ذلك خلاف سؤال أو اختلاف قول؟ وإلى الأول ذهب سحنون وابن لبابة[5]، واختلفا في تأويل الجمع، فقال سحنون رَحِمَهُ اللهُ: معنى «المدونة»: أنها آبار كثيرة. وقال ابن لبابة: إن معنى مسألة «المدونة»: أنها بئر لا فِناء لها. ومعنى مسألة «العتبية»: أنها بئر لها فِناء وأرض مشتركة يكون فيها القلْد[6][7]. وقال الباجي: إنه اختلاف قول. وهو الذي حكاه القاضي ابن رشد عن الشيوخ[8]، وإن اختلفوا في سبب الخلاف، فقال الإمام الباجي: إنه جارٍ على الخلاف في الشفعة فيما لا ينقسم كالنخلة والشجرة[9]. وقال غيره من الشيوخ: إنه جارٍ على اختلاف قول مالك رَحِمَهُ اللهُ فيما هو متعلق بالأرض ومتشبت بها، كالنَّقض والنخل إذا كانا دون الأرض، وكالكراء، وهذا اختيار ابن رشد[10]، والضمير المجرور

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 121، والكافي 1/ 436، والجواهر الثمينة 2/ 757، والذخيرة 7/ 285، وبداية المجتهد 2/ 215.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 122، والمعونة ص1268.

(3) ينظر: المعونة 14/ 433.

(4) البيان والتحصيل 12/ 88.

(5) هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن لبابة القرطبي، أحد فقهاء المالكية المعروفين، روى عن يحيى بن مزين والعتبي، دارت عليه الأحكام والفتوى نحو 60 عاماً، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ (314هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 14/ 495، والديباج 1/ 245.

(6) القَلْدُ: هو الحوض الذي يجمع فيه الماء. ينظر: لسان العرب 3/ 366، (قلد).

(7) ينظر: التمهيد 7/ 51، والبيان والتحصيل 12/ 89، والذخيرة 7/ 303.

(8) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(9) ينظر: المنتقى 6/ 216.

(10) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 898، والمقدمات 3/ 75، والمنتقى 6/ 217.

راجع إلى المبيع، أو إلى العقار الموصوف بالصفات المذكورة.

قوله: ﴿ وفِي تَبَعِيَّةِ حَجرِ الرَّحَى قَولاَنِ، قالَ ابنُ القَاسِمِ: كَحَجَرٍ مُلْقَى، وقالَ أَشْهَبُ: لَمْ يُصِبْ مَنْ قالَ لاَ شُفْعَةَ فِيهِ ﴾.

القولان معاً لمالك، رواية ابن القاسم عنه في «المدونة»[1]، وهي التي قال بها ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ[2] ورواية ابن وهب عنه، مثل قول أشهب، ولابن القاسم أيضاً قول آخر مثل قول أشهب، ومعنى **قوله** هنا: **(كحجر مُلقى)**؛ أي: لا شفعة فيها. وظاهره لا فرق[3] بين الحجر العُلّي والسُّفلىء، وهو تأويل أكثر الشيوخ عليه[4]. وقال بعضهم: الخلاف إنما هو في العُلِّي، والسُّفلي تابعه على القولين[5]. ولو اقتصر المؤلف على ذكر القولين ولم يذكر القائلين؛ لتبادر لفهم الناظر في كلامه أن ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ يقول بثبوت الشفعة في هذا الفرع، وأن أشهب يقول بنفيها، هكذا عادته في هذا الكتاب؛ ولكن لمَّا فسَّر كلامه تبيَّن أن الأمر على العكس، واستغنى في قول[6] ابن القاسم بذكر سبب الحكم عن بيان ذلك الحكم ما هو، وذلك أن قوله: (كحجر ملقى). معناه: أنه لا شفعة في الرحى؛ لأنها كحجر مُلقى. قال في «المدونة»: ولو بيعت معها الأرض أو البيت الذي نصبت فيه، ففيه الشفعة دون الرحى بحصة ذلك. قال: وسواء أجراها الماء أو الدواب[7]. وبقول أشهب قال عبد الملك وابن المواز[8].

وأما **قول المؤلف** عن أشهب: **(ولم يُصِب من قال لا شفعة فيه)**فالاقتصار على هذا الكلام لا يفيد سوى أن أشهب يثبت الشفعة في الرحى، وإنما قال أشهب ذلك مضافاً إلى ذكر حجته التي احتج بها، قال

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 432.
(2) ينظر: الاستذكار 21/ 298، والبيان والتحصيل 12/ 89، والمنتقى 6/ 216.
(3) في «ج»: (ظاهره الفرق).
(4) منهم أبو إسحاق التونسي. ينظر: الذخيرة 7/ 289.
(5) ينظر: التمهيد 7/ 51، والذخيرة 7/ 303، والبيان والتحصيل 12/ 89.
(6) في «ج»، «ق»: (كلام).
(7) ينظر: المدونة 14/ 432.
(8) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 115، والمنتقى 6/ 201.

أشهب في كتاب «ابن المواز»: «ورحى الماء والدواب سواء إذا نصباها فيما يملكان، وإن باع أحدهما مصابته فلشريكه الشفعة، وإن شاء فسخ بيعه، إلا أن يدعوه البائع إلى المقاسمة، فلا يفسخ حتى يقاسمه، فإن صار موضع الرحى للبائع جاز بيعه، وإن صار لشريكه انتقض بيعه»[1]. وقال: ولم يُصب من قال: لا شفعة في الرحى، ولم يجعلها كالبنيان، ولهي عندنا في البنيان أثبت من الأبواب التي إذا شاء قلعها بغير هدم، وإن شاء ردَّها بغير مؤنة، ثم فيها الشفعة إن بيعت مع الدار أو وحدها، وأن الشفعة لتكون في جريد الحائط ورقيقه، فكيف لا تكون في الرحى[2]. فلهذه الحجة كان ينبغي أن يشير المؤلف، وتأمل لِمَ جعل أشهب للشريك فسخ البيع بعد وقوعه.

قوله: ﴿ والثَّمَرُ تَبَعٌ للشَّجَرِ مَا لَمْ يسْتَغْنِ بِخِلَافِ الزَّرْعِ ﴾.

معنى هذا الكلام: أن من اشترى نخلاً لا ثمرة فيها[3]، ثم قام الشفيع وفيها ثمرة، فإنه يأخذها مع الأصل، ما لم يستغن عن السقي[4]، وأما الزرع في هذا إذا اشترى الأرض ثم زرعها، فإنه يأخذ الشفيع الأرض بزرعها ما لم يُؤَبَّر، فإذا أبّر لم يكن له إلا أخذ الأرض وحدها، ولعل السبب الذي لأجله افترق الحكم، أن الثمر يكون على غير كبير علاج، بخلاف الزرع، فإنه أكثر علاجاً، مع احتياجه للبذر، وهذه المسألة تحتاج إلى تفصيل، وفي بعض وجوهها خلاف، وقد اختلفت طرق الشيوخ في نقلها، فمنهم من أجحف في اختصارها؛ كالقاضي عبد الوهاب والمؤلف، ومنهم من أطال جداً، فلنأت بكلام متوسط في ذلك، مستلزمٌ للفرع الذي يذكره المؤلف إثر هذا، وذلك أن المشتري إذا اشترى النخل ولم يكن فيها تمر، فقال الشفيع قبل الإبَّار، فإن للشفيع الثمرة مع الأصل. قال بعض الشيوخ: ولا خلاف في ذلك[5]، وإن جاء وقد أبِّرت وأزهت، فله أخذ الثمرة مع الأصل عند ابن القاسم[6]. وقال

---

(1) النوادر والزيادات 11/ 215، والذخيرة 6/ 201.
(2) ينظر: الاستذكار 21/ 298، والذخيرة 7/ 289.
(3) م ت: انظر: التوضيح: [5/ 313].
(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 768.
(5) ينظر: المنتقى 6/ 201.
(6) ينظر: المدونة 14/ 427.

أشهب: «إن اشتراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أبَّرها المبتاع، فإن الشفيع يأخذ الأصل دون الثمرة؛ لأن الشفعة بيع، ومأبور الثمرة للبائع»[1]، وهذا القول ذكره في «المدونة» عن بعض المدنيين[2].

وحيث قلنا: إن الثمر تبع لأصله في هذا الفرع، فقال ابن القاسم: يأخذ الأصل وثمرته بالثمن، وعليه ما أنفق المشتري فيما سقى وعالج[3]. وقال أشهب: «يأخذ الثمرة بقيمتها على الرجاء والخوف. ولو قال قائل: فيه قيمة ما أنفق، لم أرَ به بأساً. وقال عبد الملك وسحنون رحمه الله: ليس على الشفيع شيءٌ إلا الثمن؛ لأن المنفق أنفق على مال نفسه، فلا يرجع إلا بما له عين قائمة»[4]. قال ابن القاسم رحمه الله: وإذا فاتت الثمرة باليبس أو الجداد[5]، فإن الشفيع يأخذ الأصل بجميع الثمن، ولا يُوضع عنه شيء للثمرة، ولا حصة للثمرة من الثمن يوم وقعت الصفقة[6]، ولو كانت الثمرة مأبورة يوم الشراء فقال بعض الشيوخ: «على قول ابن القاسم يثبت فيها حكم الشفعة ما لم تيبس، فإذا يبست فلا شفعة فيها، ويقسم الثمن على الأصل والثمرة، فما كان للأصل أخذ به الشفيع»[7]، وإن اشتراها مزهية[8] فقال أشهب رحمه الله: «للشفيع أخذ الأصول دون الثمرة»[9]. ثم اختلف المذهب في هذا القسم، هل تفوت الثمرة أو لا؟ على قولين[10]:

أحدهما: أن الثمرة تفوت.

والثاني: أنها لا تفوت، وتُرد المكيلة أو القيمة أو الثمن، وهو قول

---

(1) المنتقى 6/ 201.

(2) ينظر: المدونة 14/ 425.

(3) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(4) النوادر والزيادات 11/ 141، والمنتقى 6/ 202، والجواهر الثمينة 2/ 768.

(5) الجُداد: هو قطع ثمار النخل. ينظر: لسان العرب 3/ 112، (جدد).

(6) ينظر: المدونة 14/ 430، والمنتقى 6/ 202.

(7) المنتقى 6/ 202.

(8) يقال: زهي الثمر وأزهى إذا احمر أو اصفر. الفائق 2/ 137.

(9) المنتقى 6/ 202، والذخيرة 7/ 288.

(10) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 114.

أشهب[1].

وإذا قلنا: أنها لا تفوت، فقال مرة: تفوت بالجداد أو اليبس، وقال مرة: أنها لا تفوت إلا بأن تُجَدَّ ولا يعرف كيلها، أو تُجَدُّ قبل طيبها[2]، وإذا فاتت فماذا للشفيع؟ فقال مالك: يُحط عنه مناب الثمرة[3]. وقال ابن الماجشون: «لا يُحط عنه من الثمن شيء»[4]. وأما الزرع فقالوا: إن من اشترى أرضاً غير مزروعة فزرعها، وجاء الشفيع قبل أن ينبت[5] الزرع، أخذها بزرعها، وإن نبت[6] أخذ الأرض دون الزرع، فإن أخذ الشفيع الأرض بزرعها لأنه لم ينبت، فليأخذها بالثمن، وبقيمة الزرع على الرجاء والخوف[7]. قال في كتاب «محمد»: «ولو قال قائل: يأخذها بالثمن وبما أنفق لم أعْبه؛ بل هو أقْيس، وأستحسنُ الأول. وقال محمد: بل يأخذها بالثمن، وبقيمة ما أنفق من البذور والعلاج»[8]. وقال ابن القاسم: يأخذ الأرض والزرع بالثمن والنفقة، كمن اشترى نخلاً لم تؤبر، فأخذ الشفيع بعد الإبار[9]، وأما إن اشترى المشتري الأرض فزرعها فجاء الشفيع قبل أن ينبت[10] الزرع، فقال الباجي: فعلى مذهب ابن القاسم فلا شفعة في الزرع جملة، وعلى مذهب أشهب فيه الشفعة، قال: ويحتمل قول ابن القاسم وجهين:

أحدهما: أنه يأخذ بالشفعة الأرض وإن لم ينبت الزرع على قول من أجراها مجرى الاستحقاق.

والثاني: ليس له أن يأخذ الأرض بالشفعة حتى تنبت، وذلك إذا أُجري

---

(1) ينظر: المنتقى 6/ 202.
(2) ينظر: المدونة 14/ 430، والمنتقى 6/ 202.
(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 114، والمنتقى 6/ 202.
(4) المنتقى 6/ 202.
(5) في «ج»: (يثبت).
(6) في «ج»: (ثبت).
(7) ينظر: المدونة 14/ 430، والنوادر والزيادات 11/ 140، والمنتقى 6/ 203.
(8) النوادر والزيادات 11/ 140، والمنتقى 6/ 203، والذخيرة 7/ 364.
(9) ينظر: المدونة 14/ 430، والمنتقى 6/ 203.
(10) في «ج»: (يثبت).

الأخذ بالشفعة مجرى[1] البيع، فإذا جاء الشفيع وقد نبت الزرع فلا شفعة في الزرع عند ابن القاسم[2]، وقال أشهب في «الموازية»: له الشفعة إذا قام والزرع أخضر في الأرض والزرع جميعاً؛ بل ليس له إلا ذلك، وقال أيضاً في موضع آخر: له الشفعة في الأرض دون الزرع، وأنكر سحنون قول أشهب في الزرع، وقال بقول ابن القاسم[3].

قوله: ﴿وفِي سَقْيِهَا وإصْلَاحِهَا[4]، قوْلاَنِ﴾.

قد تقدم الآن ما يؤخذ منه هذان القولان، وما مقدار الواجب في ذلك، على القول بأنه يجب عوض في السقي والإصلاح[5].

قوله: ﴿وفِي الثِّمَارِ والكِتَابَةِ وإِجَارَةِ الأرْضِ لِلْزَّرْعِ، قَوْلاَنِ﴾.

أما الثمار، فالقول بثبوت الشفعة فيها لمالك وابن القاسم وأشهب ومعظم أصحاب مالك رَحِمَهُ اللهُ[6]. قال أشهب: «لأنها تقسم بالحدود كما تقسم الأرض»[7]. قال بعض الشيوخ: «يريد إذا قسمت في النخل قبل الجَدِّ؛ لاختلاف أغراض أهلها»[8]. وروي عن مالك وهو مذهب ابن الماجشون: أنه لا شفعة فيها[9]. وهو الأظهر[10]؛ لأن الحدود والطرق لا تتهيأ فيها على نحو ما تتهيأ في العقار، وما قاله أشهب فيه تكلف، والله أعلم.

---

(1) (الاستحقاق... بالشفعة مجرى): سقطت من «ق»، «ج».

(2) ينظر: المنتقى 6/ 203.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 129، والمعونة ص1268، والتمهيد 7/ 51، والمنتقى 6/ 203، والذخيرة 7/ 300.

(4) في «ج»: (وعلاجها).

(5) ينظر: المدونة 14/ 425.

(6) ينظر: 14/ 402، والتمهيد 7/ 51، والكافي 1/ 438، والبيان والتحصيل 12/ 65، والمنتقى 6/ 201، والمقدمات 3/ 76.

(7) المنتقى 6/ 201.

(8) نفس المصدر والصفحة.

(9) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 114، والتمهيد 7/ 51، والكافي 1/ 438، والمنتقى 6/ 203، والجواهر الثمينة 2/ 757، وبداية المجتهد 2/ 216.

(10) (وهو الأظهر): سقطت من «ج».

وإذا فرَّعنا على القول الأول، فقال ابن القاسم في «المدونة»: للشفيع الشفعة ما لم تيبس الثمرة[1]. وروى أشهب عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: «ما لم تزايل الأصل»[2]. وعن أشهب أيضاً: «إذا قُسمت الأرض دون الثمرة، ثم باع أحدهما حظه من الثمرة بعد الطِّيب، فلا شفعة فيها. قال: والثمرة هنا كالبئر بعد قسم الأصل لا شفعة فيها»[3]. قال ابن القاسم عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: «الشفعة في العنب. قال ابن القاسم: وكذلك في المقاتي لأنها ثمرة، ولا شفعة في البقول»[4]. قال الباجي: «يريد كل ما له أصل تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة»[5]. وروى ابن القاسم: أنه لا شفعة في الزرع؛ لأنه لا يحل بيعه حتى ييبس[6].

قال بعضهم: «يتخرَّج فيه الخلاف على قول من أجاز بيعه إذا أفرك[7]، أو على قول من يرى أن العقد فيه فوتاً إذا وقع»[8].

قلت: إنما يتم هذا التخريج، إذا كان من مذهب مَنْ أجاز بيعه إذا أفرك، الشفعة في الثمار، وفي[9] المُمكن أن يقول بجواز بيع الزرع إذا أفرك، ولا يكون من مذهبه جريان الشفعة في الثمار، وكذلك يقال على مذهب من يرى عقد البيع فيه فوتاً فتأمله! وأما الكتابة فليست من هذا المعنى ـ أعنِي: أن أحد الشريكين يدخل على الآخر، فليس ذلك مذكوراً هنا ـ وإنما الذي قيل في المذهب أن المكاتب[10] يكون أحق بكتابته إذا بيعت كلها، هكذا قاله في

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 427.

(2) النوادر والزيادات 11/ 114، والمنتقى 6/ 201.

(3) النوادر والزيادات 11/ 114 ـ 128.

(4) النوادر والزيادات 11/ 113، والبيان والتحصيل 12/ 103، والمنتقى 6/ 202.

(5) المنتقى 6/ 203.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 128، والمنتقى 6/ 203.

(7) أَفْرَكَ الزرع: صار فريكاً، وهو حين يصلح أن يُفرك فيؤكل. ينظر: لسان العرب 10/ 423، (فرك).

(8) البيان والتحصيل 12/ 65.

(9) في «ج»: (ومن).

(10) المُكاتب: هو العبد الذي يُكاتب على نفسه بثمنه، فإن سعى وأداه، عُتقَ. أنيس الفقهاء 1/ 170.

سماع أشهب؛ لأنه لا يعتق[1]، قال: فأمَّا ما لا يعتق به، فلا يكون أحق به؛ لأنه لا يرجع إلى حرية، ومن هذا المعنى ما في «العتبية» وكتاب «ابن المواز»: «في حُر له امرأة ثلثها حُر وباقيها رقيق وولدها منه كذلك، فأراد المولي بيعها، فطلب الزوج أخذها، فذلك له، قال: لأن فيه منفعة الابن، فليباعا عليه»[2]. وذكر ابن حبيب عن مالك، في أمَة تحت حُر له منها أولاد وهي حامل، فبيعت مع ولدها، أن الزوج أحق بهم إن شاء ذلك بما بلغوا، وقاله أصبغ[3]. ومثل هذا في «العتبية» قال القاضي ابن رشد: ولو لم يكن منها ولد، لكان المشتري أولى، قال: والحامل مثل ذات الولد.

قلت: هذا والذي فوقه من مسألة الكتابة خارج عن الشفعة كما قلنا، وإنما يشبهه ما وقع لهم في بعض الأقاويل في الدَّين[4]، وقد قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: «لا شفعة في الدَّين»[5]. وقد قال أيضاً في «المجموعة»: «فيمن باع دَيْناً له على رجل، فلا يكون من هو في ذمته أحق به بالشفعة، وبيعه نافذ، إلا أن يجري على ضرر، ببيعه من عدوه ونحو ذلك، قال ابن المواز: ولم يقُل أحد أن في الدَّين شفعة؛ ولكن الذي هو عليه أحق به للضرر»[6]. ومثله عن أشهب[7]. قال

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 117، والكافي 1/ 438.

(2) البيان والتحصيل 4/ 394.

(3) ينظر: البيان والتحصيل 4/ 394.

(4) قال ابن عبد البر: «واختلف أصحاب مالك أيضاً في الرجل يبيع ديناً له على الرجل، هل يكون المديان أحق به أم لا؟ ورويت بإجازة ذلك آثار بعض السلف من أهل المدينة، أن الذي عليه أحق به، وهذا عندي ليس من باب الشفعة في شيء، وإنما هو من باب لا ضرر ولا ضرار، وإن كان المشتري كالبائع في حسن التقاضي والبعد من الأذى والجور فلا قول للمدين في ذلك، وإلى هذا ذهب إسماعيل بن إسحاق، وهو الصحيح في النظر، وذكر الشفعة في الدين مجاز؛ لأنه مُحال أن تجب الشفعة فيما لا يقسم من الأصول الثابتة ثم جمهور علماء المسلمين، والأصل في هذا الباب حديث ابن شهاب، وهو ينفي الشفعة في كل ما لا يجوز فيه القسمة بضرب الحدود من الأصول، وما كان في معنى ما يضرب فيه الحدود من الأصول، والله أعلم». التمهيد 7/ 52، 53.

(5) المدونة 14/ 202، والذخيرة 7/ 302.

(6) النوادر والزيادات 11/ 116.

(7) ينظر: بداية المجتهد 2/ 261.

مالك رَحِمَهُ اللهُ في رواية ابن القاسم: «إنه لحسَنٌ أن يكون[1] أحق ولا يقضى بذلك»[2]. وروى عبد الرزاق[3] عن عمر بن عبد العزيز أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدَّين. وهو الرجل يكون له الدَّين على الرجل فيبيعه، فيكون صاحب الدَّين أحق به[4]. زاد في طريق آخر: إذا أدى مثل الذي أدى صاحبه[5][6].

وليس في **قول المؤلف: (وإجارة الأرض للزرع)**. دليل على خصوصية هذه الصورة بالخلافي في ثبوت الشفعة فيها؛ بل ذلك عام في كراء العقار؛ لكن مذهب ابن القاسم سقوط الشفعة في الكراء، وهو قول المغيرة وعبد الملك. وقال أشهب ومطرف وأصبغ: فيه الشفعة. وهو عن ابن القاسم أيضاً، والقولان مرويان عن مالك رَحِمَهُ اللهُ[7] وهذا الفرع مما يصح إطلاق الشفعة عليه عند من أثبتها، بخلاف ما تقدم من مسألة الكتابة، واختلف أيضاً في المساقاة كما اختلف في الكراء، والأقرب في هذه المسائل على أصل المذهب سقوط الشفعة، فإن الضرر اللاحق بسبب المشاركة فيها قاصر على الضرر اللاحق في المسائل المتفق على ثبوت الشفعة فيها، وقد ظهر لك من جمْع المؤلف رَحِمَهُ اللهُ المسائل الثلاث في هذا الموضع، ونقْلِه قولين في الجميع، أنه إنما يعتبر جمْع الأقوال وحدها دون القائلين، ألا ترى أن بعض

---

(1) (أن يكون): سقطت من «ج».
(2) النوادر والزيادات 11/ 117.
(3) هو الحافظ أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن الصنعاني الحميري الشيعي، عالم اليمن، ارتحل إلى الحجاز والشام والعراق، حدَّث عن عبيد الله بن عمر وأخيه عبد الله وغيرهما، وروى عنه خلق كثير، منهم ابن عيينة. من مصنفاته: كتاب «الجامع في الحديث»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (211هـ). ينظر: تذكرة الحفاظ 1/ 364، وسير أعلام النبلاء 9/ 263، وتهذيب التهذيب 6/ 278.
(4) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه 8/ 88، حديث رقم (14433)، باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة.
(5) (في الدين. . . أدى فيه): سقطت من «ج».
(6) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه 8/ 88، حديث رقم (14432)، باب هل في الحيوان أو البئر أو الفحل أو الدين شفعة.
(7) ينظر: الكافي 1/ 438، والمنتقى 6/ 203، والذخيرة 7/ 302.

من أثبت الشفعة في الصورة الأولى، لا يثبتها في الباقيتين، وكذلك من يُثبتها في الثالثة قد لا يُثبتها في الأولى والثانية، وهكذا يفعل جماعة من المتأخرين، وهو خلاف التحقيق، والله أعلم.

قوله: ﴿ وفي البِنَاءِ القَائِمِ فِي الأَرْضِ الحُبْسِ والعَارِيةِ علَى جوَازِ بَيعِهِ: قوْلاَنِ ﴾.

يعني: أن البناء إذا كان بين شريكين مشاعاً ولا ملك لهما في العرصة، فباع أحد الشريكين، فهل للثاني منهما شفعة على المشتري؟ في ذلك قولان[1]. ومذهب «المدونة» ثبوت الشفعة من حيث الجملة[2]، وجريان الشفعة في هذا الفرع أقوى منه في الثمار، وهذا كله إذا فرّع على جواز البيع في هذه الصورة، وإلا فالجهالة ظاهرة فيه من حيث أن مالك الأرض مقدم على المشتري، وهذه الجهالة هي التي أشار إليها المؤلف رَحِمَهُ اللهُ:

بقوله: ﴿ ويُقَدَّمُ المُعيرُ بالأَقَلِّ مِنْ قِيمَةِ النَّقْصِ أَو الثَّمَنِ، فإِنْ أَبَى، فَللشَّرِيكِ بالثَّمَنِ ﴾.

ومسائل هذا الفصل محتمل لأطول من هذا الكلام، وكتابا الشفعة والقسمة من «المدونة» متكفلان بذلك.

قوله: ﴿ وفِي غَيرِ المُنقَسِمِ كَالحمَّامِ ونَحوِهِ، قَولانِ، بِنَاءً علَى أَنَّهَا لِضَرَرِ الشَّرِكَةِ أَوْ لِضَرَرِ القِسْمَةِ ﴾.

تقدم التنبيه على استعماله لفظة: (المنقسم) في قابل القسمة، والقولان المذكوران منصوص عليهما[3]، وفي «المدونة» ما يدل[4] على كل واحد منهما[5]، وأما ما ذكره في سبب القولين فمعناه: أن الشفعة في العقار إنما شرعت لرفع الضرر. لكن اختلف، هل المراد رفع ضرر الشركة ـ والحمام

---

(1) ينظر: المنتقى 6/ 203، والجواهر الثمينة 2/ 758.

(2) ينظر: المدونة 14/ 454.

(3) ينظر: الموطأ 2/ 718، والنوادر والزيادات 11/ 115، والمعونة ص1281، والمنتقى 6/ 200، والمقدمات 3/ 65.

(4) (استعماله لفظة. . . وفي المدونة ما يدل): سقطت من «ج».

(5) ينظر: المدونة 14/ 432.

والماجل[1] والنخلة الواحدة وشبهها مشترك فوجب إجراء الشفعة فيه، ـ أو المراد رفع ضرر القسمة بخصوصيته؛ لأن أحد الشركاء له طلب الباقين بالقسمة، فإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشِي الباقون أن يدعوهم المشتري إلى القسمة، وقد يكون ذلك مضراً بهم أو بأحدهم، فشُرِعت الشفعة لرفع هذا الضرر[2]، والأولى أولى؛ لأنه ثبَت إلغاء هذا المعنى في قابِل القسمة من حيث هو، إلا أنه لا يقبلها لأجل كثرة الشركاء، فلو قلّ عددهم حتى كانوا اثنين ـ مثلاً ـ لأمكن انقسامه لهما، وتنازع المذهبان في فهم قوله ﷺ: «الشفعة فيما لا يقسم»[3]. هل هذا النفي[4] عام في قابِل القسمة أو غير قابلها، أو هو مقصور على ما هو قابِل للقسمة؛ لقوله في آخر الحديث: «فإذا ضرب الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[5]. ولا حدود ولا طرق في الماجل وشبهه، وأيضاً فإن نفي الصفة عن الذات يستدعي قبولها، وأُجيب بأن قوله أولاً: الشفعة فيما لم يقسم. محمول على جنس العقار، فكأنه يقول هذه الماهية محل للشفعة، ولا يخرجها عن ذلك إلا ضرب الحدود وصرْف الطرق، فإذا حصل هذا الوصف خرجت عن ذلك، وإنْ كان هذا الوصف لا يوجد إلا في بعض أفراد تلك الماهية. وأما قولهم: إن نفي الصفة عن الماهية يستلزم قبولها للاتصاف بها، فممنوع، وسنده قوله تعالى: ﴿لَا تَأْخُذُهُۥ سِنَةٌ وَلَا نَوْمٌ﴾ [البقرة: 254] وقال يوسف عليه الصلاة والسلام: ﴿إِنِّي تَرَكْتُ مِلَّةَ قَوْمٍ لَّا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَهُم بِٱلْآخِرَةِ هُمْ كَٰفِرُونَ﴾ [يوسف: 37] إلى غير ذلك.

قوله: ﴿ وفِي المُنَاقَلِ بِهِ وهوَ: أنْ يَبِيعَ حِصَّتَهُ بِحصَّةٍ أَوْ دَارٍ أو زِيَادَةٍ، ثَالِثها إنْ عُلِمَ القَصْدُ بالمسكَنِ فَلاَ شُفْعَةَ، ورابِعُها إنْ ناقَلَ بِحِصَّتِهِ حِصَّةً لِبعْضَ شُرَكَائِهِ فَلا شُفعةَ ﴾.

القول بوجوب الشفعة في جميع هذه الصور هو ظاهر قول مالك وابن

---

(1) الماجِلُ، ويروى المأجَلُ: حوض يجمع فيه الماء إذا كان قليلاً، ثم يطلق إلى المزارع. ينظر: لسان العرب 11/ 12، (أجل).

(2) ينظر: المقدمات 3/ 65، والجواهر الثمينة 2/ 759.

(3) سبق تخريجه ص357.

(4) في «ج»: (النهي).

(5) سبق تخريجه ص357.

القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ[1] وهو الأصل؛ لكن شَرْع الشفعة إنما كان لرفع الضرر، وفي إيجابها في هذه الصورة إحداث ضرر أشد من الضرر الناشئ عن إسقاطها، وهو الذي راعاه في القول الثالث، وهو مروي عن مالك أيضاً وغيره من المدنيين[2]، والقول الرابع قريب منه، وهو مذهب مطرف وابن الماجشون[3]، وهو حسن، والله أعلم.

قوله: ﴿ ولاَ شُفْعَةَ فِيمَا عَدَاهُ مِنْ حَيَوانٍ أو عرُوضٍ ومَمَرٍّ ومَسِيلِ مَاءٍ ﴾.

تقدم ما نقله بعد المخالفين عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ من وجوب الشفعة في الحيوان[4]، وكذلك وَقَفْتُ في بعض تواليف الحنفية على وجوب الشفعة في السفن؛ لأنها تشبه الرَّبْع[5]، حكاية منهم عن مالك[6]، وكل هذا لا تصح نسبته إلى المذهب. نعم، تجب الشفعة عند أهل المذهب كما قدمنا[7] في رقيق الحائط ودوابه[8]، على أن بعض الشيوخ خرَّج في ذلك خلافاً من الخلاف في حجر الرحى، هل فيها الشفعة على ما تقدم[9]. وأما الممر ومسيل الماء فلا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة الواحدة وشبهها. وروى أبو بكر بن أبي شيبة[10] عن ابن أبي مُليكة قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء، الأرض والجارية والخادم. فقال

---

(1) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 55، والذخيرة 7/ 281، 282، والمقدمات 3/ 66.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 11/ 117، 12/ 55، والمقدمات 3/ 66.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 117، والبيان والتحصيل 12/ 55، والجواهر الثمينة 2/ 761، والذخيرة 7/ 282، والمقدمات 3/ 66.

(4) ينظر: الاستذكار 21/ 262، والتمهيد 7/ 49.

(5) الرَّبْعُ: هو المنزل والدار بعينها. لسان العرب 8/ 102، (ربع).

(6) ينظر: بدائع الصنائع 15/ 12.

(7) ينظر ص359.

(8) ينظر: الاستذكار 21/ 262، والتمهيد 7/ 49، والمنتقى 6/ 214.

(9) ينظر ص362.

(10) هو الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة العبسي، صاحب «المسند» و«المصنف»، سمع من شريح القاضي وابن عيينة وابن المبارك، وأخذ عنه أبو زرعة والبخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه وغيرهم، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (235هـ). ينظر: تذكرة الحفاظ 2/ 432، وتقريب التهذيب 1/ 320.

عطاء[1]: إنما الشفعة في الأرض. فقال له ابن أبي مُليكة: تسمعني لا أُمَّ لكَ أقول قال رسول الله ﷺ وتقول مثل هذا!»[2]. قال بعض الشيوخ: «وهذا يصح مرسلاً ـ هكذا ـ ومن قال بالمراسيل، فيلزم أن يقول بمقتضاه»[3].

قوله: ﴿ وتَسْقُطُ بِصَرِيحِ اللَّفْظِ، ومَعْنَاهُ، كَالمُقَاسَمَةِ، والسُّكُوتِ وهْوَ يَبْنِي ويَهْدِمُ ويَغْرِسُ ﴾.

يريد: وتسقط الشفعة؛ أي: يُعلم أن الشفيع أسقط حقه فيها، إما بصريح اللفظ، ولا شك فيه[4]، كقوله: أسقطت حقي في الشفعة، أو غير ذلك من اللفظ الصريح، وليس هذا هو المقصود الأهم من كلام المؤلف هنا، وإنما مقصوده ما بعده، وهو ما يتنزل منزلة الصريح، نعم، إنْ سلَّم على صِفة، ثم تبيَّن خلافها لم يلزمه. قال ابن القاسم في «المدونة»: وإذا أُخبر الشفيع بالثمن فسلَّم، ثم ظهر أن الثمن دوْن ذلك، فله الأخذ بالشفعة، ويحلف ما سلَّم إلا لكثرة الثمن[5]. وعند أشهب لا يمين عليه[6]، وهذا الخلاف على الخلاف في توجيه يمين التُّهمة. قال ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإن قيل له: قد ابتاع فلان نصف نصيب شريكه. فسلَّم، ثم ظهر أنه ابتاع جميع النصيب، فله القيام أيضاً في شفعته، فلا يلزمه تسليم النصف الذي سلَّم[7]، قال ابن المواز: «يلزم الشفيع تسليم النصف، ويأخذ النصف الآخر بالشفعة أو يسلمه»[8]. وهو قول أشهب، قال: «ولو كان حين قيل له: ابتاع فلان النصف. قال: أنا آخذ. ثم ظهر أنه

---

(1) هو أبو محمد عطاء بن يسار، مولى ميمونة زوج النبي ﷺ سمع أبا سعيد وأبا هريرة وزيد بن ثابت وعائشة رضي الله عنهم، وروى عنه عمرو بن دينار ومحمد بن عمر بن عطاء، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (103هـ). ينظر: التاريخ الكبير 6/ 461، وتذكرة الحفاظ 1/ 190.

(2) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه 4/ 521، حديث رقم (22755).

(3) الاستذكار 21/ 308.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 775.

(5) ينظر: المدونة 14/ 408.

(6) ينظر: الاستذكار 21/ 308، والذخيرة 7/ 376.

(7) ينظر: المدونة 14/ 412، والتاج والإكليل 5/ 322.

(8) النوادر والزيادات 11/ 194.

ابتاع الجميع، فله أخذ باقيه، فإن أبى، فالمبتاع مُخير، أن يقول له: رد النصف[1]، أو أخذ الجميع»[2]. قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ فإن قيل له: ابتاعه فلان فسلَّم، ثم ظهر أنه ابتاعه من آخر، فله القيام وأخذ حصتهما، ولا يلزمه التسليم للواحد[3]. وقال أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ: «يلزمه التسليم للذي سلَّم له ويأخذ حصة الآخر، ثم تكون الحصة التي سلمها أولاً بين المشتريين[4]؛ لأنهما اشتركا في شرائها صفقة واحدة إن رضيا بالتمسك بما سلَّم، ويكتب عهدته عليهما فيما أخذ، وإن شاءا ألزماه أخذ ما سلَّم، أو سلَّم لهما جميع الشراء»[5]. قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: «وإذا قال الشفيع بعد الشراء: أشهدوا أني قد أخذت بشفعتي. ثم رجع، فإن علِم الثمن قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلَم به فله أن يرجع»[6]. وقال أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ: وإن لم يعلَم إلا بعد أخذه، فعلِم به ورضي، لم يجز، وفُسِخ ذلك، ثم تكون له الشفعة بعد الفسخ[7]. قال ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا سلَّم الشفيع الشفعة[8] بعد البيع، فلا قيام له علِم الثمن أو جهله[9]. قال ابن يونس: إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون ثمناً لمثله لقلته، فلا يلزمه تسليمه[10].

قلت: هذا مما ينظر فيه فيحتمل ما قاله، ويحتمل أن يقال: تسليم الشفيع الشفعة قبل سؤاله عن الثمن، دليل على إرادته الإسقاط على كل حال، واحتج هذا الشيخ لصحة قوله بأن ابن القاسم قد قال في كتاب «ابن المواز» في الشفيع يقال له: قد اشترى الشِّقص[11] بجارية أو عرض ولم توصف،

---

(1) (رد النصف): سقطت من «ج».
(2) النوادر والزيادات 11/ 194.
(3) ينظر: المدونة 14/ 412، والتاج والإكليل 5/ 322.
(4) في «ق»: (المشتركين).
(5) النوادر والزيادات 11/ 193.
(6) المدونة 14/ 420.
(7) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 190.
(8) (بعد الفسخ... الشفيع الشفعة): سقطت من «ج».
(9) ينظر: المدونة 14/ 408.
(10) ينظر: الذخيرة 7/ 376، 377.
(11) الشِّقص: هو القطعة من الأرض. ينظر: لسان العرب 7/ 48، (شقص).

فيسلم، ثم يظهر أن الثمن دنانير، فلا حجة له إلا أن يأتي من ذلك ما لا يكون مثله ثمناً لما سمًى من جارية أو عرض لقلته، مثل دينار أو عشرين درهماً، فله الأخذ، ولا يلزمه تسليم[1]. وهذا الاحتجاج قد يظهر لولا أن ابن القاسم رَحِمَهُ ٱللَّهُ قد قال في الصحيح أو المريض يبيع الشِّقص بمحاباة أنَّ بيعه جائز، والمحاباة في ثلث المريض، وللشفيع أخذه بالشفعة بذلك الثمن إلا أن يبيعه بما لا يُشبه أن يكون ثمناً لقلته، فلا تكون فيه شفعة، صحيحاً كان أو مريضاً[2]، وأما مقاسمة الشفيع للمشتري ما اشتراه، فدليل ظاهر على إسقاط حقه[3].

فإن قلت: قُصارى المقاسمة أن تتنزل منزلة البيع، وقد اختلف في بيع الشفيع الشِّقص يستشفع به، هل يكون ذلك مسقطاً لشفعته؟

قلت: فعله مع المشتري أقوى في الدلالة على الرضى من فعله مع غير المشتري، فلا يلزم من عدم دلالته على الرضى إذا باع من غير المشتري، أن يكون بيعه أو مقاسمته للمشتري كذلك. قال بعض الشيوخ: ولا خلاف في هذا الوجه ولا في الذي قبله. يعني: إذا أسقط الشفيع حقه بالمقاسمة أو بصريح القول، وأمَّا مُقاسمة الشفيع لغير الشريك، ففي «المدونة» عن مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «من اشترى شقصاً من دار لها شفيع غائب فقاسم الشريك، ثم جاء الشفيع، فله نقض القسم وأخذه، إذ لو باعه المشتري كان للشفيع رد بيعه»[4]. وقاله ابن القاسم وأشهب. وفي كتاب «محمد» مثل ذلك[5]، وإن كانت المقاسمة من السلطان قال أشهب: «وإنه ليأخذ بالقلب أن ليس له رد القسم؛ لأنهم قاسموا من تجوز قسمته. وقال سحنون: يمضي القسم، وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع في القسمة بالشفعة»[6]. ومنع بعض الشيوخ من

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 192، والذخيرة 7/ 377.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 167، والذخيرة 7/ 352.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 775.

(4) المدونة 14/ 410.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 160.

(6) النوادر والزيادات 11/ 160، والذخيرة 7/ 352.

مقاسمة المشتري إذا كان الشريك غائباً؛ لدخول المشتري، على أن للغائب حقاً في الأخذ بالشفعة، فكيف يقاسم. وأما سكوت الشفيع عن المشتري وهو يراه يبني ويهدم ويغرس، فأشار بعض الشيوخ إلى أن المذهب اختلف في دلالة ذلك على إسقاط الشفعة، ولم يبيِّن صورة الخلاف كيف هي؟ والأقرب أن ذلك دليل على الرضا بالإسقاط، ولا سيما مع طول المدة[1].

قوله: ﴿ وكَذَلكَ شِرَاؤُهَا، ومُسَاومَتُهَا، ومُسَاقَاتُهَا، واستِئجَارُهَا، خِلافاً لأشهَبَ ﴾.

لمَّا قدَّم المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ الكلام على الوجوه التي تُسقِط الشفعة بالاتفاق فيما يعتقده، أتبع ذلك بالوجوه المختلف فيها، فذكَر منها الشراء، وهو بعيد ولا يُتصور فيه اختلاف؛ لأنه إذا اشترى منه، فإن شفع بالصفقة الأولى، فذلك يستلزم فسخ الثانية مع إبطال الصفقة الأولى ودليل الرضا بها موجود، وإن شفع بالصفقة الثانية فقد أبطلها أيضاً، ولا فائدة في الانتقال من الشراء الثاني إلى الشفعة بثمنه، ولم أقف على الخلاف في ذلك سِوى ما حكاه ابن شاس، وإيَّاه تبع المؤلف، والله أعلم.

أمَّا المُساومة فعدَّها ابن القاسم دليلاً على الرضى بإسقاط الشفعة، ولم ير ذلك أشهب، وهو أصلهما في الرد بالعيب والخيار وشبههما[2]، وينبغي أن ينظر في ذلك إلى ما تقتضيه القرائن بحسب الوقائع، فللقرائن دلالات لا تضبط إلا بعد وقوعها. وأما عقد المساقاة والإجارة، فإن كان لا ينقضي إلا بعد أن يتم الأجل الذي تنقطع فيه الشفعة، فقال بعض الشيوخ: لا يختلف أن ذلك مُسقط للشفعة، وإن كان لا يبلغه فذلك محل الخلاف، وإن كان الكراء انعقد بين المشتري وغير الشفيع فاختلف الشيوخ الأندلسيون، هل للشفيع أن ينقض العقد أو لا ينقضه، أو يفرق بين الأجل القريب والبعيد؟ وعلى تقدير أنه لا ينقضه فالكراء للمشتري، والقول بأنه لا ينقض عقد الكراء هو الذي تدل عليه «المدونة» عندهم، والضمير المضاف إليه: (شراء)، وما عطف عليه راجع إلى الحصة.

---

(1) ينظر: الكافي 1/ 242، والمقدمات 3/ 71.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 190، 191، والذخيرة 7/ 374، والمنتقى 6/ 223.

قوله: ﴿ وفِي بَيْعِ الحِصَّةِ المُستَشْفَعِ بِها قولانِ ﴾.

اختلف قول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ إذا باع الشفيع الشِّقص الذي به تجب له الشفعة، وظاهر كلام ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ التفرقة بين أن يبيعه وهو غير عالم، فالشفعة له، وإن باعه عالماً، فلا شفعة له[1]، واختار غير واحد سقوط الشفعة، قال أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ: وهو أحبُّ إليَّ[2]. ورأوا أن الشفعة إنما وجبت للشفيع لرفع الضرر، فإذا لم يبق له شريك في العقار، فلا ضرر عليه، فلا شفعة له. قال ابن ميسر: لا شفعة له إلا أن تبقى له بقية أخرى؛ لأن الشفعة إنما تدخل من تضييق الواسع وخراب العامر[3]. وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: واختلف بعد القول أن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه، هل يسقط من الشفعة بقدر ما باع؟ قال: وأرى أن يستشفع الجميع؛ لأن الشفعة تجب بالجزء اليسير في الجزء الكبير[4].

قوله: ﴿ وفِي تَرْكِ القِيامِ مَعَ عِلمِهِ حَاضِراً، ثَالِثُها: تَسْقُطُ بَعدَ مُضيِّ مُدَّةٍ طَويلةٍ، قِيلَ: سَنَةٌ، وقِيلَ: فوقَهَا، وقِيلَ: فوقَ ثَلَاثٍ، وقِيلَ: فوقَ خَمْسٍ ﴾.

يعني: أن الشفيع والمشتري إذا كانا حاضرين، فاختلف المذهب، هل يكون سكوته عن القيام بالشفعة دليلاً على إسقاطها أو لا؟ على ثلاثة أقوال[5]:

الأول: أن ذلك دليل على الإسقاط، وهو ظاهر ما في كتاب «الشيخ أبي إسحاق بن شعبان»[6] عن ابن وهب.

والثاني: أن ذلك لا يكون دليلاً عليه، وهو محكي عن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ.

والثالث: التفصيل بين الأمد اليسير، فلا يكون دليلاً على الإسقاط، والأمد الكثير، فيكون دليلاً على ذلك وهو المشهور.

---

(1) ينظر: المنتقى 6/ 218.

(2) ينظر: المنتقى 6/ 218، والجواهر الثمينة 2/ 763.

(3) المنتقى 6/ 218.

(4) ينظر: الذخيرة 7/ 375، ومواهب الجليل 5/ 321.

(5) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 59، والجواهر الثمينة 2/ 777.

(6) ربما قصد به كتاب ابن شعبان الموسوم بـ«الزاهي الشعباني». ينظر: الديباج 1/ 248.

وإلى القول الأول ذهب أبو حنيفة[1] والشافعي[2]، لِما روي من حديث ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شفعة لغائب ولا لصغير ولا لشريك على شريكه إذا سبقه بالشراء، والشفعة كحل العقال»[3]. لكنه حديث ضعيف الإسناد[4].

وأما القول الثاني فرأى أنها لا تسقط بطول الزمان، إذا لم يصحب ذلك دليل من الدلائل السابقة، كما في سائر الحقوق المالية.

والقول الثالث أقرب إلى قواعد المذهب، فإذا فرَّعنا عليه فذكر المؤلف رحمه الله ثلاثة أقوال في الحدِّ الذي يُفصَل فيه بين الأمد القصير والطويل، وهو بيِّن التصور، ولا خفاء أن أظهر هذه الأقوال إنما يتبين عند نزوله، وبحسب ما يصحبه من القرائن وما يتجرد عنها، وبهذا يظهر ضعف قول أشهب: «إذا غرب الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة له. وقال أشهب عن مالك: السنة قريب. وقال ابن القاسم عنه: السنة، والسنة قريب. وقال ابن ميسر: وما قارب السنة داخل في حكمها»[5]. وقال مالك في «المدونة»: إذا جاوز السنة بما يُعد به تاركاً لشفعته فلا شفعة له[6]. وقال أيضاً: «والشفيع على شفعته حتى يترك، أو يأتي من طول الزمان ما يعلم أنه تارك لشفعته»[7]. وإذا علِم بالاشتراء فلم يطالب بشفعته سَنة، فلا يقطع ذلك شفعته وإن كان قد

---

(1) ينظر: بدائع الصنائع 5/ 61، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 241.

(2) ينظر: الأم 7/ 109.

(3) أخرجه ابن ماجه في سننه 2/ 835، باب طلب الشفعة، والبيهقي في سننه 6/ 108، باب رواية ألفاظ منكرة ذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة.

(4) حديث الشفعة كحل العقال، أخرجه ابن ماجه والبزار من حديث ابن عمر بلفظ: «لا شفعة لغائب ولا لصغير والشفعة كحل العقال». وإسناده ضعيف جداً، وقال البزار في راويه محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني: مناكيره كثيرة. وأورده ابن عدي في ترجمة محمد بن الحارث راويه عن ابن البيلماني وحكى تضعيفه وتضعيف شيخه. وقال ابن حبان: لا أصل له. وقال أبو زرعة: منكر. وقال البيهقي: ليس بثابت. ينظر: نيل الأوطار 6/ 87، وسبل السلام 3/ 76، وتلخيص الحبير 3/ 56.

(5) النوادر والزيادات 11/ 185، والمنتقى 6/ 209.

(6) ينظر: المدونة 14/ 419.

(7) المدونة 14/ 435، والنوادر والزيادات 11/ 185.

كتاب شهادته في[1] الشراء، ولم يرَ مالك رَحِمَهُ اللهُ التسعة الأشهر ولا السَّنة بكثير، إلا أنه إذا تباعد هكذا، يحلف ما كان وقوفه تركاً لشفعته[2]. قال بعض الشيوخ: إن لم يكتب الشفيع شهادته وقام الشفيع لمثل الشهرين، كانت له الشفعة دون يمين، وإن لم يقُم إلا بعد سبعة أشهر أو تسعة أشهر أو سنة، فعليه اليمين، وإن كان أكثر من ذلك فلا شفعة له[3]. يريد: على ما مضَى عليه عمل جماعة من أهل المذهب في الزائد على السَّنة، قال: وإن كتب شهادته وقام بقرب ذلك كعشرة أيام ونحوها، فعليه اليمين، وإن كان بعد الشهرين فلا شفعة له. قال: وإذا قال لم أعلم بالشفعة، فعليه اليمين، ولو بعد أربع سنين حاضراً بالبلد. قاله ابن عبد الحكم[4].

قوله: ﴿ والغَائِبُ علَى شُفعَتِهِ مَا لَمْ يُصَرِّحْ، فَإِذَا قَدِمَ فكَالحَاضِرِ مِنْ حِينِ قُدُومِهِ ﴾.

يعني: أن غيبة الشفيع عذر له في ترك الأخذ بالشفعة، فلا يُعد بسبب ذلك مسقطاً لشفعته، سواء علِم بالشراء أو لم يعلم[5]، ومن أهل المذهب من احتج لهذا الحكم بما خرَّجه الترمذي من حديث جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بشفعته، ينتظر به إن كان غائباً، إذا كان طريقها واحداً»[6]. وهذا ظاهر؛ ولكن الاحتجاج به لا يتأتى ممن لا يرى الشفعة للجار، ثم إن المؤلف رَحِمَهُ اللهُ لم يجعل شيئاً من الوجوه التي تَسقُط الشفعة بها

---

(1) (وإذا علم بالاشتراء... شهادته في): سقطت من «ج».

(2) ينظر: المدونة 14/ 404، والكافي 1/ 440، والبيان والتحصيل 12/ 53.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 186، والكافي 1/ 441، والبيان والتحصيل 12/ 59، والجواهر الثمينة 2/ 778، والذخيرة 7/ 373.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 186، والكافي 1/ 441، والبيان والتحصيل 12/ 59، والمنتقى 6/ 210، والجواهر الثمينة 2/ 778، والذخيرة 7/ 373.

(5) ينظر: الموطأ 2/ 715، والرسالة للقيرواني 1/ 117، والتفريع 2/ 301، والاستذكار 21/ 276، والمعونة ص1274، والمنتقى 6/ 210، وبداية المجتهد 2/ 220، والجواهر الثمينة 2/ 779.

(6) أخرجه الترمذي في سننه 3/ 651، باب ما جاء في الشفعة للغائب. وقال أبو عيسى: حديث حسن غريب.

في حق الحاضر مُسقطاً في حق الغائب، سِوى الوجه الأول منها، وهو التصريح بالإسقاط، بخلاف ما في معنى التصريح، إذ لا تتأتى المقاسمة مع غيبة المشتري، وكذلك بقيتها، فلذلك **قال**: **(ما لم يُصرِّح)**. وأما **قوله**: **(فإذا قدم)**. . . إلى آخره، فظاهر التصور، وكذلك ظاهر قول أهل المذهب[1]، ولو قيل بأنه إذا قدِم لا يكون حكمه حينئذ كحكم الحاضر من حين قدومه ـ إلا إذا لم يتقدم له علْم، وما إذا كان في حال غيبته عالماً فلا يُوسَع له في الأجل ـ لكان له وجه. وقال أبو عمرو بن عبد البر عن قوم لم يسمهم: إنه لا يكون الغائب على شفعته إذا قدِم إلا بشرط أن يُشهد أنه على شفعته متى قَدِم. وعن آخرين لم يسمهم: أنه لا يشترط ذلك[2]. قال أشهب: «والغائب الذي تكون غيبته قريبة لا مؤنة عليه في الشخوص، فطال زمانه بعد وجوب الشفعة، فلا شفعة له، وهو كالحاضر»[3]. وقال غيره في «المجموعة»: «وليس المرأة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مثل غيرهم، وإنما فيه اجتهاد السلطان»[4]. قال ابن حبيب[5] عن مطرف وابن الماجشون: «والمريض الحاضر والصغير والبكر كالغائب، ولهم بعد زوال ذلك العذر ما للحاضر، سواء كان الغائب والمريض عالماً بشفعته أو جاهلاً. وقال أصبغ: المريض كالصحيح، إلا أن يُشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته، وأنه ترك التوكيل عجزاً عنه، وإلا فلا شيء له بعد ذلك. واختار ابن حبيب قول مطرف وابن الماجشون»[6].

قوله: ﴿فإنْ عَلِمَ فَغَابَ فكَالحَاضِرِ﴾.

يعني: أنه لمَّا سافر اختياراً بعد علمه بالشراء فلا يُعذر كما يُعذر الغائب[7] في المسألة السابقة، وظاهر كلامه التسوية بين أن يعوقه عائق في

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 779.
(2) ينظر: الاستذكار 21/ 276.
(3) النوادر والزيادات 11/ 187، والمنتقى 6/ 209.
(4) النوادر والزيادات 11/ 187، والاستذكار 21/ 276، والمنتقى 6/ 209.
(5) (ابن حبيب): سقطت من «ج».
(6) النوادر والزيادات 11/ 187، والمنتقى 6/ 209.
(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 779.

سفره أو لا؛ لكن في «المدونة» عن مالك رحمه الله: «من اشترى داراً وشفيعها حاضر، ثم سافر الشفيع بحدثان الشراء فأقام سنين كثيرة، ثم قدِم فطلب الشفعة، فإن كان سفره يُعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أجل تنقطع فيه الشفعة للحاضر فجاوزه، فلا شفعة له، وإن كان سفراً يؤوب منه قَبْل ذلك، فعاقه أمر يُعذر به فتخلَّف له، فهو على شفعته، ويحلف بالله ما كان تاركاً لشفعته، أشْهد عند خروجه أنه على شفعته أم لا»[1].

قوله: ﴿وَوَلِيُّ المَحجُورِ عَلَيهِمْ كالشَّفِيعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فكَالغَائِبِ﴾.

يعني: أن حُكم ولي المحجور أباً كان أو وصيًّاً أو مُقدماً من قبل الماضي، حكم الشفيع نفسه في الأخذ أو الرد أو السكوت، وهذا كالمتفق عليه في المذهب[2]؛ إلا أن بعض الشيوخ حكى خلافاً في سقوط شفعة المولى عليه بسكوت الوصي عنها، فإذا أخذ الوصي للمحجور بالشفعة لزمه، وإن أسقطها لزمه أيضاً، إلا أن يُثبت المحجور بعد رشده أن الأخذ لم يكُن من حُسن النظر، أو أن الترك محاباة من الوصي للمشتري، فله نقض ذلك[3]. وقال مالك في كتاب «محمد»: «إذا عُلِم من الوصي أنه ضيَّع في ذلك وفرط، وأن أمره فيه كان غير حسَن، ومضى للبيع خمس سنين، فلا شفعة له»[4]. وجعل أخذ الشفعة بمنزلة الشراء ابتداءً، كما لو بدل رجل للمحجور سلعة بثمن بخس، فلم يشترها له وليُّه، لم يلزم الوصي بسبب ذلك شيء؛ لأن تنمية مال المحجور ليست بواجبة على الوصي، فإذا لم يكن له ولي لصغره ويتمه، ولا وصي له ولا مُقدم، فحكمه حكم الغائب، هو على شفعته حتى يرشد، ويمضي له بعد ذلك من الزمان ما تنقطع الشفعة به في حق الغائب إذا قدم[5]، وهذا هو معنى **قول المؤلف** رحمه الله: **(فإن لم يكن فكالغائب)**.

---

(1) المدونة 14/ 457.

(2) ينظر: المدونة 14/ 403، والكافي 1/ 242، والمنتقى 6/ 210، والجواهر الثمينة 2/ 779.

(3) ينظر: المنتقى 6/ 210، والتاج والإكليل 5/ 324.

(4) النوادر والزيادات 11/ 189، والمنتقى 6/ 210.

(5) ينظر ص379.

قوله: ﴿ ولَهُ مُطَالبَتَهُ بِالأَخْذِ والإِسْقَاطِ بَعدَ الشِّرَاءِ لاَ قَبلَهُ ﴾.

الضمير المجرور بـ(اللَّام) راجع إلى المشتري، والضمير المجرور بعده بالإضافة راجع إلى الشفيع؛ أي: وللمشتري مطالبة الشفيع بأن يأخذ بالشفعة، أو يتركها ويسقط حقه فيها[1]، وذلك مشروط بأن تكون هذه المطالبة بعد الشراء، وأما قبل الشراء فلا يكون له ذلك عليه، وإنما كان له أن يطالبه بذلك في المحل الذي تكون له المطالبة فيه؛ لأن من حقِّ المشتري أن يتصرف فيما اشتراه بكل وجه له أن يتصرف فيه؛ كالبناء والغرس وغير ذلك؛ ولكنه يخشى من معارضة الشفيع له فيه، فلهذا كان له مطالبة الشفيع بما قلناه، ولا خلاف في وجوب ذلك له بعد الشراء، وهل له ذلك قبل الشراء؟ لا أعلم في ذلك خلافاً في المذهب أنه لا يكون له[2]، إلا ما اختاره بعض الشيوخ، وذلك أنه ذكر الحديث الذي خرَّجه مُسلِم عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل شرك، في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه»[3]. قال هذا الشيخ: فجعل الشفعة قبل البيع، ثم قال وبهذا آخذ.

قلت: إن الذي يقتضيه هذا الحديث، أن المخاطب أولاً هو الشريك الذي يريد البيع، فإنه لا يبيع حتى يعرض على شريكه، فيأخذ أو يدع، ولا شك أنه إن أخذ في هذه الحال لم يكن هذا الأخذ شفعة[4]، ولا شك أيضاً أن ظاهر هذا الحديث، أنه إن ردَّ في هذه الحال لزمه الرد، والمنصوص في المذهب أنه لا يلزمه، وخرَّج هذا الشيخ قولاً باللزوم من الطلاق قبل النكاح، والعتق قبل الملك، ويظهر ببادئ الرأي صحة تخريجه، وإن كان القاضي ابن رشد حاول الفرق بينهما[5]، وليس عندي بالقوي، فتركته لذلك،

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 403، والكافي 1/ 441، والبيان والتحصيل 12/ 104، والذخيرة 7/ 271.

(2) ينظر: الكافي 1/ 439.

(3) سبق تخريجه ص357.

(4) في «خ»: (بالشفعة).

(5) ينظر: فتاوى ابن رشد 1/ 221.

فانظره في أسولته[1]، وقد أتينا بالكلام على هذا الفرع لتعلقه بكلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ وإن كان الأليق به بعد هذا.

قوله: ﴿وفِي إِمْهَالِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ: قَوْلَانِ﴾.

يعني: أن المشتري إذا أَوْقَف الشفيع على الأخذ بالشفعة أو الرد، فطلب الشفيع أن يُمهَل، فهل له ذلك أو لا؟ فيه قولان:

القول الأول لمالك رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب «ابن عبد الحكم»: «أن الإمام يؤخره اليومين أو الثلاثة ليستشير وينظر»[2].

والقول الثاني ـ وهو المشهور ـ: إنه لا يؤخر[3]، ويقال له: خُذ الآن أو فدع. وهو نص ما في كتاب «ابن المواز»، ومثله لأشهب في «المجموعة»[4]، وهو ظاهر «المدونة».

واختار بعض[5] الشيوخ التفرقة بين أن يكون وقفه بفور الشراء، أو يكون بعد طول من يوم الشراء، فيُمهَل الأول، ولا يُمهَل الثاني[6]. وقد علمت أن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم، وبسبب ذلك لا تعلم حقيقة القول الثاني من كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ كيف هي؛ لأنه إذا كان لا يمهل ثلاثة أيام، فلا يلزم أن لا يمهل يومين أو يوماً، والله أعلم.

قال ابن المواز: «وهذا كله إذا أوقفه الحاكم، وأما إذا أوقفه غير السلطان فهو على شفعته حتى يوقفه السلطان أو يترك»[7]. ولو كان المالك غائباً، فطلب الشفيع التأخير حتى ينظر إليه، فقال الإمام مالك رَحِمَهُ اللَّهُ: «ليس

---

(1) ربما قصد بها الفتاوى المجموعة تحت اسم: «فتاوى ابن رشد»، وقد تم تحقيقها من قِبَل د. المختار بن الطاهر التليلي، وطبعت بدار الغرب الإسلامي سنة 1987م.

(2) النوادر والزيادات 11/ 184، والبيان والتحصيل 12/ 66، والذخيرة 7/ 356.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 184، والبيان والتحصيل 12/ 65، والمنتقى 6/ 223، والجواهر الثمينة 2/ 779.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 184.

(5) (بعض): سقطت من «ج».

(6) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 66.

(7) النوادر والزيادات 11/ 187، والمنتقى 6/ 223.

ذلك إليه[1]، وإن كانت قريبة كالسَّاعة، أُخِّر حتى ينظر إليه[2]. فلو أخذ بالشفعة وطلب التأخير بالثمن، فاستحسن مالك رَحِمَهُ اللَّهُ ما يفعله القضاة [مِن][3] تأخير الشفيع بالثمن اليوم واليومين[4]. وعن ابن الماجشون أنه يؤخره عشرة أيام وشبهها. وعن أصبغ: يؤخره بقدر قِلَّةِ المال وكثرته، وبقدر يُسره وعُسره. قال: وأقصى ذلك شهر، ولا أدري ما وراء ذلك[5]. قال ابن المواز: «وإذا أخَّره السلطان بالثمن اليومين والثلاثة فلم يأت به إلى ذلك الأجل، فالمشتري أحق بها»[6]. وقال عن أشهب وهو لابن القاسم في «العتبية»: «إذا طلب التأخير بعد الأخذ بالثمن فأُخِّر ثم يبدو له، ويأبى المشتري أن يقبله، فالأخذ قد لزِم الشفيع، وإن لم يكن له مال بِيعَ حظه الذي استشفع فيه وحظه الأول، حتى يُتِم للمشتري جميع حقه، ولا يُقَال: إلَّا أن يرضى المشتري أن يُقيله»[7]. ولنقتصر على هذا القدر، وللقاضي ابن رشد على المسألة كلام تركناه مع حسنه؛ لبعدنا عن كلام المؤلف رَحِمَهُ اللَّهُ.

قوله: ﴿ولوْ أَسقطَ بعِوَضٍ جَازَ﴾.

يعني: وحيث يكون للشفيع القيام بشفعته فله أن يأخذ من المشتري مالاً ويترك القيام عليه بشفعته[8]؛ لأنها حق مالي، فوجب أن تصح المعاوضة عنه، ولا يجوز له أن يهبها لأجنبي غير المشتري؛ لأن في ذلك إحداث ضرر على المشتري بإخراج ملكه عن يده بغير اختياره لغير مَن أَذِن له الشرع في ذلك، وهو الشفيع، وإذا امتنعت الهبة هنا فأحرى المعاوضة، والله أعلم.

---

(1) في المنتقى: ليس له ذلك.
(2) البيان والتحصيل 12/ 66، والمنتقى 6/ 223.
(3) (من): زيادة رأيت أنها ضرورية لاستقامة الكلام.
(4) ينظر: المدونة 14/ 412، والمنتقى 6/ 223.
(5) ينظر: الكافي 1/ 443، والمنتقى 6/ 223، والجواهر الثمينة 2/ 777، 778، والذخيرة 7/ 356.
(6) المنتقى 6/ 223.
(7) النوادر والزيادات 11/ 185، والبيان والتحصيل 12/ 84.
(8) ينظر: الكافي 1/ 443، والبيان والتحصيل 12/ 85، والجواهر الثمينة 2/ 779.

قوله: ﴿ ولَوْ أَسْقَطَ قَبْلَهُ لَمْ يلْزَمْ ولَوْ بِعِوَضٍ ﴾.

الضمير المخفوض بالظرف عائد إلى البيع، وقد تقدم الكلام على هذا الفرع، و(لو) الأولى هي التي يقال لها حرف امتناع، وجوابها **قوله: (لم يلزم)**. و(لو) الثانية هي التي بمعنى: (إنْ) المكسورة، وهي تأتي في الكلام لمعنى الغاية، تقول: لا تخف أحداً من أهل هذا البلد ولو كان المَلك، ولا تحقرن أحداً ولو كان مسكيناً أو عبداً. وعلى هذا التقدير، **فقول المؤلف** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **(ولو بعوض)**. يشير إلى[1] أن سقوط[2] الشفعة قبل الشراء من غير عوض، أخف منه إذا كان عن عوض، فإذا كان عن عوض كان[3] أقوى في اللزوم، فأشار المؤلف رَحِمَهُ ٱللَّهُ إلى أنه لا يلزم هذا الإسقاط في حالتي الضعف والقوة، وهو ظاهر من هذا الوجه؛ لكن قد يقال: أنه إذا كان عن عوض كان أضعف؛ لأن المعاوضة عن ذلك قبل الشراء لا تجوز، وما لا تجوز المعاوضة عنه يجب فسخه إذا وقعت المعاوضة فيه، ولا يلزمه من كونه لا تجوز المعاوضة عنه، ألا تجوز هبته وتركه من غير عوض، وهذا الموضع قابل للبحث.

قوله: ﴿ الآخِذُ: الشَّرِيكُ والمُحبِّسُ إنْ كَانتْ تَرْجِعُ إلَيهِ، وإلاَّ فَلاَ ﴾.

هذا أول الكلام على الركن الثاني من أركان كتاب الشفعة، وهو كما **قال: (الشريك والمحبِّس إن كانت ترجع إليه)**. الضمير عائد على الحصة؛ أي: إن كان الحصّة المحبَّسة مما ترجع إلى المُحبِّس، وإنما ترجع إليه في الحبس الذي هو بمعنى العُمْرى[4]، على ما يثبت في محله إن شاء الله تعالى. ودلّ **قوله: (وإلا فلا)**. إنها لا تكون للجار[5]، وهو قول الشافعي[6]

---

(1) (إلى): سقطت من «ج».

(2) في «ج»: (إسقاط).

(3) (فإذا كان عن عوض كان): سقطت من «ج».

(4) العمرى: هبة شيء مدة عُمر الموهوب له، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له. التعريفات 1/ 203. والحبس الذي بمعنى العمرى هو الحبس غير المعقب.

(5) ينظر: الرسالة للقيرواني 1/ 227، والكافي 1/ 438، والمقدمات 3/ 62، والجواهر الثمينة 2/ 759، والذخيرة 7/ 318.

(6) ينظر: الأم 7/ 110، والمهذب 1/ 377، والوسيط 4/ 72.

وأحمد[1] وأهل الحجاز، وروي عن عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وغيرهم[2]، وقال أبو حنيفة والثوري[3] وغيرهما: إن الشفعة تجب للجار[4]. وروي أن عمر ﷺ كتب إلى شريح[5]: أن اقض بالشفعة للجار. فكان يفعل[6]، وقد تقدم حديث أبي هريرة في «الصحيح»، قال رسول الله ﷺ: «الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق، فلا شفعة»[7]. وهذا حُجة الأولين، وحُجة أبي حنيفة ومن وافقه ما في «الصحيح» أيضاً، عن أبي رافع قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «الجار أحق بصقبه»[8]. ولكل فريق زيادة ترجيح وأجوبة عن ما قال الآخر، وذلك في علم الخلاف.

قوله: ﴿إلاَّ أَنْ يُرِيدَ المُحَبِّسُ أوْ المُحبَّسُ علَيهِ إلْحَاقَهَا بِالْحُبْسِ، فقولانِ﴾.

لمَّا قدَّم أن المُحبِّس يشفع بشرط أن ترجع الحصة إليه، ودلّ كلامه أنها إذا كانت لا ترجع إليه أنه لا شفعة له **بقوله: (وإلا فلا)**. استثنى من ذلك: ما إذا كانت الحصة لا ترجع إلى المُحبِّس، وأراد المحبِّس أو المحبَّس عليه إلحاق تلك الحصة بالتحبيس، وذكر في ذلك قولين[9]:

---

(1) ينظر: المحرر في الفقه 1/ 365، وزاد المستقنع 1/ 138.

(2) ينظر: الاستذكار 21/ 265.

(3) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري التميمي الكوفي، روى عن عكرمة والشعبي، وروى عنه الأوزاعي وأبو عوانة. قال ابن عيينة: ما رأيت رجلاً أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثوري، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (161هـ). ينظر: الجرح والتعديل 1/ 55، وتذكرة الحفاظ 1/ 203، ومشاهير علماء الأمصار 1/ 167.

(4) ينظر: الحجة 3/ 67، وبدائع الصنائع 5/ 4، وتحفة الفقهاء 3/ 49، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 239.

(5) هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، من كبار التابعين ولَّاه عمر بن الخطاب ﷺ على قضاء الكوفة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (78هـ). ينظر: التاريخ الكبير 4/ 228، ومشاهير علماء الأمصار 1/ 27، وتذكرة الحفاظ 1/ 59.

(6) ينظر: الحجة 3/ 74، والاستذكار 21/ 268.

(7) في «خ»: (بشفعته).

(8) سبق تخريجه ص357.

(9) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 760.

أحدهما: أن ذلك لهما.

والثاني: أنه لا يكون لهما.

والقول الأول هو مذهب «المدونة»[1]، إلا أنه لم يذكر ذلك في حق المحبَّس عليه، وإنما ذكره في حق المُحبِّس، قال مالك في آخر كتاب الشفعة في دار بين رجلين، حبَّس أحدهما نصيبه على رجل وولده وولد ولده، فباع شريكه في الدار نصيبه، فليس للذي حبَّس، ولا للمحبَّس عليهم أخذه بالشفعة، إلا أن يأخذه المحبِّس فيجعله في مثل ما جعل نصيبه الأول[2]. وزاد بعض المختصرين لهذا الموضع من «المدونة» فذكر عنها: وإن أراد المحبَّس عليهم أخذه بالشفعة، فليس لهم ذلك؛ لأنهم لا أصل لهم[3]. قال: ومثله في سماع ابن القاسم[4]. وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ: إن أراد المحبَّس عليهم إلحاقه بالحبس فلهم أخذه بالشفعة؛ لأن المحبِّس هو الشريك[5]. وحكى الشيخ أبو الحسن[6] اللخمي قولاً آخر، بأن ذلك لا يكون للمحبِّس عليهم، ولو أراد إلحاقه بالحبس، واستحسنه[7]. فعلى هذا التقدير يكون في المسألة ثلاثة أقوال، يُفصَّل في الثالث ـ وهو مذهب «المدونة» ـ بين المحبِّس والمحبَّس عليهم، والأصل أن الحبس يزيل المِلك، فلا ينبغي أن يكون في ذلك شفعة لا للمحبِّس ولا للمحبَّس عليهم. قال بعض الشيوخ: «فعلى هذا، لو أراد أجنبي أن يأخذ بالشفعة للحبس لكان له ذلك»[8]. واختلف الشيوخ في صاحب المواريث، هل يأخذ لبيت المال بالشفعة؟ فمنع من ذلك ابن زرْب، وقال عن غيره من فقهائهم: إنه يأخذ لبيت المال بالشفعة[9]. ورأى

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 427.

(2) ينظر: المدونة 14/ 103، والبيان والتحصيل 12/ 60.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 118.

(4) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 60.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 118، والبيان والتحصيل 21/ 61، والذخيرة 7/ 277.

(6) (الشيخ أبو الحسن): سقطت من «ق»، «خ».

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 760، والذخيرة 7/ 277.

(8) البيان والتحصيل 12/ 60.

(9) (فمنع من ذلك... المال بالشفعة): سقطت من «ج».

ابن زرْب أن ذلك خطأ[1]. واعتُرِض كلام ابن زرْب بما نص عليه سحنون «في المرتد يُقتل وقد وجبت له شفعة، أن للسلطان أن يأخذ لبيت المال أو يترك»[2]. وأجاب ابن رشد عن هذا «بأنه إنما كان ذلك للسلطان لعموم نظره للمسلمين، وأما صاحب المواريث فإن ذلك لم يجعل بيده، ولو جعل بيده لكان ذلك له»[3].

قوله: ﴿ وللنَّاظِرِ أخْذُ شِقْصٍ بَاعَهُ لِطِفْلٍ آخَرَ أوْ لِنَفسِهِ ﴾.

يعني: أن للناظر للمحجورين إذا باع على أحدهما شقصاً من عقار، جاز لذلك النَّاظر أن يأخذه بالشفعة للمحجور الثاني، وكذلك لو كان النَّاظر هو الشريك للمحجور جاز له أن يأخذ بالشفعة لنفسه[4]، وقد تقدم أن الوصي لا يبيع عقار المحجور إلا لموجب من الموجبات التي ذكرها الفقهاء هناك[5]، بخلاف الأب، فإنه يجوز له البيع، ولا يلزمه أن يذكر موجباً من تلك الموجبات، فلا بد من الالتفات إلى ذلك الأصل في هذا الموضع، ويُضم إليه أن يكون هذا العقار الخاص في مسألة المؤلف رحمه الله هذه، مما لا يختلف ثمنه بالكثرة والقلة إذا بيع على التشقيص، وأما لو كان ـ وهو الغالب على الرباع ـ إذا بيع جميع الدار مثلاً، كان ذلك أوفر لنصيب من أريد البيع بسببه، فينبغي أن يُباع الجميع؛ لأن المذهب في المشترك إذا كان يتعذر قسمته ودعا بعض الشركاء إلى بيع جميعه، فالقول قول من دعا إلى ذلك.

قوله: ﴿ وتُمْلَك بِتَسلِيمِ الثَّمَنِ أَوْ بالإِشْهَادِ أَوْ بالقَضَاءِ ﴾.

يعني: أن الشفعة يملكها الشفيع بأحد هذه الوجوه الثلاثة[6]. ومراده في الإشهاد[7] أنه يحضره المشتري، وإلا فلا معنى له، وقد تقدم ما نقلناه من

---

(1) ينظر: التاج والإكليل 5/ 311

(2) التاج والإكليل 5/ 311.

(3) نفس المصدر والصفحة.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 200، والجواهر الثمينة 2/ 762.

(5) ينظر: المدونة 15/ 21، والقوانين الفقهية 1/ 212، والتاج والإكليل 6/ 390.

(6) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 765.

(7) في «ج»: (بالإشهاد).

كلام ابن المواز من «العتبية» على قول المؤلف رحمه الله: وفي إمهاله ثلاثة أيام قولان[1]. وذلك الكلام مما يصلح أن يُفسَّر به هذا الموضع، وقال القاضي ابن رشد: «إذا أوقف الإمام[2] الشفيع، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يقول الشفيع: قد أخذت. ويقول المشتري: قد سلَّمتُ. فيؤجله الإمام في دفع المال فلا يأتي به، فليس لأحدهما أن يرجع عمَّا التزمه، والحكم على الشفيع بما قدمناه عن «العتبية».

والوجه الثاني: أن يوقفه الإمام، فيقول: قد أخذت، ويسكت المشتري، ويؤجله في الثمن، فلا يأتي[3] به، فهذا إن طلب المشتري أن يُبَاع له في الثمن ملك المشتري فذلك له، وإن أحبَّ أخذ شقصه كان ذلك له، ولا خيار للشفيع على المشتري، على ما في «المدونة».

والثالث: أن يقول الشفيع: أنا آخذ. ولا يقول: قد أخذت. فيؤجله الإمام في الثمن، فاختلف فيه إذا لم يأت بالثمن، فقيل: يرجع الشِّقص إلى المشتري إلا أن يتفقا على إمضائه للشفيع. وقيل: إن أراد المشتري أن يلزم الشفيع الأخذ كان ذلك له، وإن أراد الشفيع أن يردَّ الشِّقص لم يكن له ذلك، قال: وهذا قول ابن القاسم وأشهب، والأول أبين»[4].

قوله: ﴿ويَلْزَمُ إِنْ عَلِمَ الثَّمَنَ، وإِلاَّ فَلا﴾.

يعني: أن الشفيع إذا أخذ بالشفعة بعد علمه بالثمن لزمه الأخذ، وإلا لم يلزمه[5] ـ وهو ظاهر ـ لأن له حجة في أخذه قبل العلم وعذراً في الرجوع عمَّا أخذه؛ لأنه يقول: ظننت أن الثمن أقل من هذا. وقد قدمنا مثل هذا عن ابن القاسم في «المدونة»[6]. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله هذا، وهو ظاهر كلام ابن القاسم في «المدونة» أيضاً، أنه لا يشترط في جواز أخذه بالشفعة علمه

---

(1) ينظر ص383.

(2) في «ج»: (القاضي).

(3) في «ج»: (فلم يأت).

(4) البيان والتحصيل 12/ 85.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 765.

(6) ينظر ص373.

بالثمن، واشترط ذلك أشهب، وكنَّا قدمنا هذا القول أيضاً[1].

قوله: ﴿ وهِيَ علَى أَنصِبَائِهِمْ، وخُرِّج علَى عَدَدِهِمْ مِنَ المُعتَقِينَ وحِصَصُهُم مُتَفَاوِتَةٌ ﴾.

يعني: أن الشفعاء إذا تعددوا، واتفقت أنصباؤهم تحاصوا في الحصة المشتراة على السواء، ولا خلاف في ذلك[2]، كما لو كانت الدار بين ثلاثة، لأحدهم نصفها، ولآخر ثلثها، ولآخر سدسها، فباع صاحب النصف، تحاصَّ صاحب الثلث والسدس في ذلك النصف المشتري أثلاثاً، هذا هو المنصوص في المذهب[3]، وهو أشهر قولي الشافعي[4]، وخرَّج الشيخ أبو الحسن اللخمي قولاً بالمُحاصة على السواء[5]، كقول أبي حنيفة[6]، وذلك من تقويم العبد الذي أعتق الشريكان نصيبهما فيه، كما لو كان عبد بين ثلاثة على التجزئة التي ذكرناها في الدار، فأعتق صاحب النصف والثلث ـ وهما مليئَان[7] ـ فلا شك أن لصاحب السُّدس التقويم عليهما، والمشهور أنه يقوَّم عليهما أخماساً؛ لأن لصاحب النِّصف ثلاثةً من ستة، ولصاحب الثلث اثنين. وقال ابن الماجشون: يقوَّم عليهما بالسواء[8][9]. وهذا تخريج صحيح، وقد حاول غيره في ذلك تفرقة ضعيفة تركناها لذلك، هذا هو مراد المؤلف رحمه الله **بقوله: (وخُرِّج على عددهم من المعتقين وحصصهم متفاوتة)**. فالواو من قوله: وحصصهم. (واو) الحال.

---

(1) ينظر ص373.

(2) ينظر: التفريع 2/ 299، والمعونة ص1269، والاستذكار 21/ 281، والمنتقى 6/ 211، والمقدمات 3/ 67.

(3) ينظر: المدونة 14/ 402، والنوادر والزيادات 11/ 150، والتفريع 2/ 299، والاستذكار 21/ 281، والكافي 1/ 444، والقبس 2/ 858، والجواهر الثمينة 2/ 772.

(4) ينظر: المهذب 1/ 381.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 772.

(6) ينظر: الحجة 3/ 85، وبدائع الصنائع 5/ 5.

(7) يقال: رَجل مَلِيءٌ؛ أي: كثير المالِ، بَيِّن المَلاء. لسان العرب 1/ 159، (ملأ).

(8) (أخماساً. . . عليهما بالسواء): سقطت من «ج».

(9) ينظر: الذخيرة 7/ 334.

وخرَّج غيره الخلاف من أحد القولين في أُجرة قسَّام القاضي أنها على عدد الرؤوس(1)، وهو مذهب «المدونة»(2)، وتخريج اللخمي أنسب في المسألة(3)، وقول أبي حنيفة أقرب عندي ـ والله أعلم ـ لأن الشفعة مُعللة بأصل الملك، أَلَا ترى أنه لو انفرد من له أقل نصيبٍ لكان له جميع الحصة المشتراة(4)، ولهذا المعنى قال اللخمي: لو كانت الشفعة فيما لا ينقسم ـ على القول بذلك في الماجل وشبهه ـ لكانت على عدد الرؤوس على القولين معاً(5). هذا معنى كلامه.

قوله: ﴿ فإِذَا اتَّحَدتِ الصَّفَقَةُ وأَسْقَطَ بعْضَهم أَوْ غَابَ فَليسَ لَهُ إِلاَّ أَخْذُ الجَمِيعِ ﴾.

يريد إذا انعقد البيع صفة واحدة في حصة واحدة من دار أو دور، وكان لتلك الحصة شفعاء أسقط بعضهم شفعته أو غاب، فإن الشفيع ليس له إلا أن يأخذ الجميع، أو يدع الجميع إذا نازعه في ذلك المشتري(6)، وكذلك لو أراد المشتري أن يسلِّم للشفيع الباقي قدَّر نصيبه، ويتمسك بنصيب من أسقط أو غاب، وخالفه الشفيع وأراد أخذ جميع الحصة المشتراة، فالقول قول الشفيع. وبالجملة أن من دعَا منهما إلى تبعيض الصفقة كان قول الآخر مقدماً عليه؛ لأن الشفعة تابعة في هذه المسألة للبيع، والبيع وقع صفقة واحدة، إلا أن يتفقا على أمر فيجوز(7).

وقال ابن حبيب عن أصبغ رَحِمَهُ اللَّهُ: «إذا كان تسليم أحد الشفعاء على وجه الهبة(8) له

---

(1) ينظر: المعونة ص1270، والذخيرة 7/ 233.

(2) ينظر: المدونة 12/ 147.

(3) م ت: قال خليل: وقد يقال: في التخريج نظر؛ إذ لا شك أن العلة في الشفعة الضرر، ومتى كثر النصيب كثر الضرر، ومتى قل قلَّ، بخلاف العتق، فإن من قال بالتقويم فيه على الرؤوس يعلل بأنه حق الباري تعالى ولا تفاوت فيه. [5/ 335]

(4) ينظر: المعونة ص1273.

(5) ينظر: الذخيرة 7/ 334.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 153، والتفريع 2/ 300، والكافي 1/ 440، والاستذكار 21/ 289، والمعونة ص1273، والبيان والتحصيل 12/ 53، وبداية المجتهد 2/ 219، والجواهر الثمينة 2/ 772.

(7) ينظر: الكافي 1/ 440، والمعونة ص1274، والمنتقى 6/ 212.

(8) (الهبة): سقطت من «ج».

أو الصدقة عليه، فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه، وللمبتاع سهم من سلَّم، وإن كان على ترك الشفعة وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها»[1]. وفي «مختصر الوقار»[2]: «ليس لمن لم يُجِز إلا مصابته خاصة»[3]. ومال اللخمي إلى هذا القول[4]. واستبعد القاضي ابن رشد هذا القول[5]، أعنِي: قول أصبغ، وأما غيبة بعض الشفعاء فلا أعلم فيه خلافاً، وأن الحكم على ما قاله المؤلف رَحِمَهُ اللهُ.

قوله: ﴿ولَوْ تَعَدَّدَ البَائِعُ وتَعَدَّدَتِ الحِصَصُ فِي أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ فِي صَفْقَةٍ واحِدَةٍ والشَّفِيعُ واحِدٌ فَكَذَلِكَ، وإِنْ تعدَّدَتْ هِي والمُشْتَرُونَ فَلَهُ الشُّفْعَةُ مِنْ أَحَدِهِمْ، ثُمَّ رَجَعَ ابنُ القَاسِمِ﴾.

يعني: إذا اتحد المشتري أو تعدد؛ ولكن اشتركوا فيما اشتروه من بائعين فأكثر، واتحد المبيع أو تعددت حصصه في أماكن ـ وذلك كله صفقة واحدة ـ فالحكم في ذلك مساوٍ لحكم المسألة السابقة، إن أراد الشفيع أخذ الجميع فلا كلام للبائعين ولا للمشتريين، وإن أراد الشفيع أخذ بعض الأنصباء ومنعه المبتاعون فالقول قولهم، إلا أن يتفق جميعهم مع المشتري على شيء[6]، ووجه ذلك ما قدمناه. هذا نقل أكثر الشيوخ عن المذهب، وحكى أبو عمر بن عبد البر عن أشهب: «أن الشفيع أن يأخذ نصيب أي البائعين شاء»[7]. وهذا الخلاف حكاه هو وغيره في تعدد المشترين مع اتحاد البائع والشفيع والصفقة، وقال الشفيع: أنا آخذ من أحدهما. فجرى ابن القاسم على أصله، أنه ليس

---

(1) النوادر والزيادات 11/ 153، والمنتقى 6/ 212، والذخيرة 7/ 346، والمقدمات 3/ 68.

(2) هو زكريا أبو يحيى الوقار بن يحيى بن إبراهيم بن عبد الله، وكان يلقب باليرطبخ، روى عن ابن القاسم وابن وهب وأشهب، قدم إفريقية سنة خمس ومائتين، قرأ القرآن على نافع المدني، وعنه أخذ أبو عبد الرحمٰن المقرئ حرف نافع، استوطن طرابلس. من مؤلفاته: كتاب «القسمة»، ومختصرين في الفقه، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (254هـ). ينظر: الديباج 1/ 234.

(3) الذخيرة 7/ 346، ومواهب الجليل 5/ 328.

(4) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(5) ينظر: بداية المجتهد 2/ 55.

(6) ينظر: التفريع 2/ 300، والاستذكار 21/ 282، والمنتقى 6/ 212، وبداية المجتهد 2/ 219.

(7) الاستذكار 21/ 283.

للشفيع إلا أن يأخذ الجميع أو يدع الجميع. وقال أشهب وسحنون وابن المواز: له ذلك. ورجع ابن القاسم عنه بعد أن قال به، وهو اختيار الشيخ أبو الحسن اللخمي[1] والشيخ أبو إسحاق التونسي، وهو الأقرب، إذ لا ضرر على المشتري الذي أخذت من يده حصته في ذلك، سوى ضرر الشفعة من يده، ولم تتبعض عليه صفقته، وهذا الفرع هو مراد المؤلف رحمه الله **بقوله: (وإن تعددت هي والمشترون[2] فله الشفعة من أحدهم، ثم رجع ابن القاسم)**. فيكون ضمير المؤنث في قوله: تعددت. راجعاً إلى الحصص لا إلى الصفقة.

فإن قلت: فكيف تقع المغايرة بين هذا الفرع وبين الفرع الذي ذكره المؤلف رحمه الله فوق هذا؛ لأن ذلك أيضاً تعددت فيه الحصص واتحدت الصفقة؟

قلت: لكن تعدَّد في هذا المشتري، واتحد في الذي فوقه، وهذا هو الموجب لمخالفة الأكثرين فيه واضطراب قول ابن القاسم.

قوله: ﴿والشَّرِيكُ الأَخَصُّ أَوْلَى علَى المَشْهُورِ، فإِنْ أَسْقَطَ فالأَعَمُّ كالجَدَّتَيْنِ والأُخْتَيْنِ والزَّوجَتَيْن، ثُمَّ بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ، ثُمَّ الأَجَانِب﴾.

يريد: إذا تعدد الشركاء، واختلفت الوجوه التي بها وقعت الشركة بينهم، بحيث يكون بعض تلك الوجوه أخص من بعض، كما لو اشترك اثنان في دار اشترياها، ثم مات أحدهما وخلَّف ورثة، [و][3]هم الذين ذكرهم المؤلف رحمه الله كجدتين وأختين وزوجتين، أو تكون جدتان وعصبة، أو أختان وعصبة، أو زوجان وعصبة، ثم باعت إحدى الزوجتين، فاختلف المذهب على قولين:

أحدهما ـ وهو المشهور ـ: أنه تُقدَّم الزوجة الباقية وهي الشريك الأخص في هذا المثال، فإن سلَّمت، انتقل الحق إلى الأعم بالنسبة إليهما لا إلى الأعم مطلقاً، فيكون بقية الورثة أولى بالشفعة من الشريك الأصلي، فإن سلَّم بقية الورثة، انتقل الحق إلى من هو أعم منه، وهو الشريك الأصلي الذي تولَّى الشراء مع الميت[4].

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 774، والذخيرة 7/ 346، 347.

(2) في «ج»، «ق»: (المشتري).

(3) الواو: زيادة رأيت أنها ضرورية لاستقامة الكلام.

(4) ينظر: التفريع 2/ 299، والمعونة ص1270، والكافي 1/ 440، والمنتقى 6/ 211، =

والشاذ: أن الشركاء كلهم سواء، ولا ترجيح للأخص على الأعم، وهو ظاهر ما قاله ابن دينار(1)، وظاهر ما في «المدونة»(2)، وحكاه ابن القصار عن مالك(3)، وكأن النفس أميل إلى الشاذ؛ لأن الموجب للشفعة هو الشركة لا شركة مقيدة.

قوله: ﴿ ويَدْخُلُ الأَخَصُّ علَى الأَعَمِّ ﴾.

لمَّا قدَّم أن الشريك الأخص أولى من غيره، وأنه إذا باع أحد الأخصين فلا دخول للأعم إلا بعد إسقاط الأخص الباقي حقه في الشفعة، وكان معنى ذلك أنه لا يدخل الأعم على الأخص، بيَّن هنا أن للأخص مزية أخرى على الأعم، وهو أنه إذا باع أحد الأعمين ـ مثلاً ـ لم يخصّ بالشفعة الشريك الأعم؛ بل يدخل معه الشريك الأخص، فيتحاصان على قدر نصيبهما(4)، فالفرق بين المزيتين أن المزية الأولى أوجبت امتياز الأخص ورجحانه على الأعم، والمزية الثانية أوجبت دخول الأخص على الأعم ومشاركته.

فإن قلت: هلا اكتفى المؤلف رَحِمَهُ اللهُ بذكر المزية الأولى عن ذكر الثانية؛ لأنه إذا كان الشريك الأخص أولى من الشريك الأعم، فلو لم يكن الشريك الأخص يدخل على الشريك الأعم، لكان لا يدخل ـ على هذا التقدير ـ الأخص على الأعم، ولا الأعم على الأخص، وذلك يوجب تساوي أهل كل منزلة، وهو مبطل لتلك الأولوية.

قلت: يحتمل أن يقال: إنما ذكر هذه المزية؛ لأنه لو سكت عنها لاعتقد من وقَف على كلامه أن الأخص يكون أولى بما باعه أحد الأعمَّين، كما يكون أولى بما باعه الأخص، فبيَّن المؤلف رَحِمَهُ اللهُ أن هذه المزية لا تنهض إلى

= والبيان والتحصيل 12/ 87، والجواهر الثمينة 2/ 722، والذخيرة 7/ 264، وبداية المجتهد 2/ 218.

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 150، والبيان والتحصيل 21/ 87، والمنتقى 6/ 211، والذخيرة 7/ 274.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 150، والمنتقى 6/ 210.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 773.

(4) ينظر: الكافي 1/ 439، والمعونة ص1270، والبيان والتحصيل 12/ 86، والجواهر الثمينة 2/ 773، والقبس 2/ 858، 859.

هذا القدر، وإنما تُوجب الدخول مع الأعم والشركة خاصة، لا تقدمه عليه، والله أعلم.

قوله: ﴿ وفِي دُخُولِ ذَوِي السِّهَامِ علَى العَصَبَةِ، قَولانِ ﴾.

يعني: أن المذهب اختلف على قولين، هل ذوو السهام فيما بينهم وبين العصبة كالشريك الأخص مع الشريك الأعم، فيدخل ذوو السهام على العصبة ولا تدخل العصبة على ذوي السهام[1]؟ وهذا هو مذهب «المدونة»[2]، واختاره ابن عبد الحكم وأصبغ. وقال أشهب: «إن بقية العصبة أحق كأهل سهم»[3]. وهذا هو القول الثاني، وهو الأقرب عندي، ولا يختلف أن العصبة لا يدخلون على ذوي السهام؛ لأنه إذا لم يدخل ذوو سهم على أهل سهم آخر، فأحرى أن لا يدخل العصبة على ذوي السهام، واختلف المذهب في الأخت الشقيقة مع الأختين للأب تبيع إحداهما حضها، فقال ابن القاسم: تدخل الشقيقة على التي للأب[4]. وقال أشهب: لا تدخل عليها، ولو باعت الشقيقة لكانت اللتان للأب أولى من العصبة[5]. وهذا يرجح قول أشهب. قال ابن المواز عن أشهب رَحِمَهُ اللَّهُ: «ولو اشترى ثلاثة داراً أو ورثوها، فباع أحدهم نصيبه من نفر، وسلَّم الشريكان، ثم باع أحد النفر المشترين مصابته، فبقية النفر أشفع من شريكي البائع، ولو باع أحد شريكي البائع لدخل في الشفعة شريكه الذي لم يبع، وسائر النفر الذين اشتروا الثلث الأول، فيصير لهم النصف، ولشريكهم الذي لم يبع النصف. قال: وخالفه ابن القاسم رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا، وقال: لا يكون الَّذين اشتروا الثلث الأول أشفع فيما باع بعضهم من شركاء بائعهم؛ بل هم كبائعهم يقومون مقامه، إذا باع أحدهم كانت الشفعة لمن بقي منهم، وسائر شركاء البائع

---

(1) ينظر: الاستذكار 21/ 278، والكافي 1/ 439، والجواهر الثمينة 2/ 773.

(2) ينظر: المدونة 14/ 400.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 150، والاستذكار 21/ 279، والمنتقى 6/ 211، والجواهر الثمينة 2/ 773.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 150، والاستذكار 21/ 279، والبيان والتحصيل 12/ 87، والذخيرة 7/ 264، وبداية المجتهد 2/ 218.

(5) ينظر نفس المصدر والصفحة.

منهم على الحصص[1]، بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشتريين. قال أصبغ: وهذا من الحق إن شاء الله»[2].

قوله: ﴿والمُوصَى لهُمْ مَعَ الوَرَثَةِ كَالعَصَبةِ مَع ذَوِي السِّهَامِ﴾.

يعني: أنه لا يدخل الموصَى له على الورثة، ويختلف هل يدخل الورثة على الموصى له؟ والنقل كذلك[3]؛ إلا أن ابن المواز سلَّم أن ذوي السهام يدخلون على العصبة، ومنع دخولهم على الموصَى له[4]، ورأى أن الجزء الذي أوصى به الميت كالجزء الذي يجب لذي السهم بالميراث، وإذا أوصى الميت أن يُباع نصيب من داره من رجل بعينه والثلث يحمله، لم يكن للورثة عليه شفعة؛ لئلا يبطل ما قصده الميت من تمليك الموصى له ذلك الجزء، ولو كان شريك الميت أجنبياً لوجبت له فيه الشفعة[5]، وأما إن أوصى أن يباع نصيب من داره ليصرف ثمنه في المساكين فقال سحنون: هو كذلك، ولا شفعة للورثة. وخالف الباجي واللخمي في ذلك[6]. قال الباجي: «وبلغني عن ابن المواز»[7]؛ يعني: أن للورثة الشفعة، وفروع هذا الفصل كثيرة، والذي ذكره المؤلف هو جُلّ ما يعتمد عليه منها، فلنقتصر عليه.

قوله: ﴿المَأْخُوذُ مِنْهُ: مَنْ تَجَدَّدَ مُلكُهُ اللاَّزِمُ اختِياراً، وقِيلَ: بِمُعَاوَضَةٍ، فَفي الصَّدَقَةِ والهِبَةِ لِغَيرِ ثَوابٍ، قولانِ﴾.

يعني: أن الذي يلزمه تسليم الشِّقص هو من اجتمعت فيه قيود[8]:

أولهما: تجدد ملكه بالنسبة إلى الشفيع، فإنه لو اشترى رجلان داراً، فلا شفعة لأحدهما على صاحبه؛ لأن الشفيع منهما لم يسبق ملكه على ملك

---

(1) في «ج»: (على الخصوص).
(2) النوادر والزيادات 11/ 152، والذخيرة 7/ 265.
(3) ينظر: الكافي 1/ 440، والمنتقى 6/ 211، والجواهر الثمينة 2/ 773، والذخيرة 7/ 264.
(4) (والنقل كذلك. . . الموصى له): سقطت من «ج».
(5) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 67، والذخيرة 7/ 267.
(6) ينظر: المنتقى 6/ 211، والذخيرة 7/ 268، والتاج والإكليل 5/ 315.
(7) ينظر: التاج والإكليل 5/ 315. والمنتقى 6/ 211.
(8) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 760.

الآخر حتى يصدق على ذلك الآخر أنه تجدد ملكه[1]، وأيضاً لو وجبت الشفعة لأحدهما لوجبت للآخر، وحينئذ يلزم من وجوبهما لهما عدم وجوبهما لهما، وكل ما أدى ثبوته إلى نفيه، فهو منتف.

القيد الثاني: قوله: (اللازم). احترازاً من أن يكون غير لازم كبيع الخيار، وسيأتي ما ذكره المؤلف في ذلك مبيناً.

القيد الثالث: (اختياراً). احترازاً[2] من الميراث، فإنه تجدد ملك لازم؛ ولكن لا على سبيل الاختيار، والمشهور من المذهب أنه لا شفعة في انتقال الملك بسبب الميراث[3]، وروي عن مالك أنه يشفع على الوارث لتجدد ملكه. وهو بعيد. وأما **قول المؤلف: (وقيل بمعاوضة)**. فإشارة منه إلى الاكتفاء بما تقدم من القيود، وأن هذا **القيد الرابع** ـ وهو كون التجدد عن معاوضة ـ ليس بمختار عنده، وإن كان هو المشهور من المذهب[4]. ولفظ المعاوضة أحسن من لفظ الشراء؛ ليدخل في ذلك الكراء وهبة الثواب وشبه ذلك، على ما سيأتي. ثم **قال المؤلف** على طريق إكمال الفائدة: **(ففي الصدقة والهبة لغير ثوابٍ قولان)**[5]. وهذا كالحاصل مما قدمه[6] في القيد الرابع، وهذان القولان لمالك[7]، وسقوط الشفعة في الصدقة والهبة لغير الثواب هو مذهب «المدونة»[8]. فإذا فرَّعنا عليه، فإن إثاب الموهوب له عن هذه الهبة، فلا شفعة فيها؛ لأن هذا ليس بعوض حقيقة؛ إلا أن يقوم دليل على أنهما عملا عليه أولاً، فلو أراد الشريك أن يحلِّف الموهوب له إنهما لم يسرَّا بيعاً، لم يحلف إلا أن يكون ممن يُتهم، مثل ما قال مالك: أن

(1) (بالنسبة إلى الشفيع... تجدد ملكه): سقطت من «ج».
(2) (من أن يكون... احترازاً): سقطت من «ج».
(3) ينظر: المعونة ص1271، والبيان والتحصيل 12/ 85.
(4) ينظر: المنتقى 6/ 206، والجواهر الثمينة 2/ 760.
(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 760.
(6) في «ج»: (قدمناه).
(7) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 174، والمعونة ص1271، والكافي 1/ 439، والاستذكار 21/ 271.
(8) ينظر: المدونة 14/ 439.

يكون محتاجاً وهب لغني فيحلف الموهوب له، وإن كانت على صغيرٍ حلف أبوه[1].

قوله: ﴿ ولاَ شُفعَةَ فِي مِيرَاثٍ، ولاَ فِي خَيَارٍ، إلاَّ بَعْدَ إِمضَائِهِ ﴾.

قد تقدم الكلام على الميراث، ولا فرق على المذهب في الخيار بين أن يكون للبائع أو للمشتري أو أجنبي. وخالف جماعة إذا كان الخيار لغير البائع[2].

قوله: ﴿ فَلَوْ بَاعَ نِصْفَينِ لاِثنَينِ خَيَاراً أَوْ بَتْلاً، ثمَّ أَمْضَى، ففِي تَعْيِينِ الشَّفِيعِ: قَولاَنِ، بِنَاءً علَى أَن البَيعَ مِن العَقدِ، أوْ مِن الإمضَاءِ ﴾.

يريد لو كان لرجل داراً فباع نصفها من رجل بيع خيار[3]، ثم باع النص الثاني من آخر بيع بتٍّ[4]، ثم أمضى من له الخيار البيع، فقيل: الشفعة تجب لمشتري الخيار على مشتري البت[5]؛ لأنه إذا أمضى الآن بيع الخيار فكأنه لم يزل ماضياً من يوم ابتدائه[6]، وهذا هو مراد المؤلف **بقوله: (إن البيع من يوم العقد)**. وقيل: إن الشفعة تجب لمشتري البتل على مشتري الخيار، وهذا بناء على أن بيع الخيار إنما يُعد معقوداً من يوم أُمضى، وهذه قاعدة مضطربة في المذهب[7].

قوله: ﴿ وعَلَيهِ، وعلَى الخِلاَفِ فِي بَيعِ الحِصَّةِ المُستَشْفَعِ بِها إِذَا بَاعَ حِصَّتهُ بِالخَيَارِ، ثُمَّ إِذَا بَاعَ شَرِيكَهُ الآخَرَ بَتْلاً، ثمَّ أَمْضَى جَاءَتْ أَرْبَعَةٌ: مَاضٍ أوَّلاً ويَشْفَعُ فَالشُّفْعَةُ لِبَائِعِ البَتْلِ، مُقَابِلُهُ لِمُشتَرِي البَتْلِ ﴾.

يريد: فإذا فرَّعنا على الخلاف في الفرع السابق، وهو متى يُعد بيع

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 176، والذخيرة 7/ 324.
(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 179، والمنتقى 6/ 217، وبداية المجتهد 2/ 217.
(3) الخيار: هو طلب خير الأمرين، إمضاء البيع وفسخه. المطلع 1/ 234.
(4) البَتُّ: القطع والجزم، والمراد هنا ببيع البت: البيع الذي لا رجوع فيه. ينظر: لسان العرب 2/ 6، (بتت)، والمطلع 1/ 412.
(5) في «ج»: (تجب لمشتري البت على مشتري الخيار). وهو خطأ.
(6) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 72، والجواهر الثمينة 2/ 776.
(7) ينظر: المعونة ص1280، والكافي 1/ 439، وبداية المجتهد 2/ 217.

الخيار ماضياً، وضممنا إلى ذلك الخلاف في بيع الحصة المستشفع بها، هل يمنع من الشفعة أمْ لا؟ فإذا كانت دار لرجلين باع أحدهما نصيبه منها بالخيار، ثم باع الاخر نصيبه بتلاً، ثم أجاز من له الخيار، فإن قلنا بأن بيع الخيار إذا مضى فكأنه ماضٍ من يوم وقع، وأنَّ من باع الشِّقص الذي تجب[1] له [به][2] الشفعة على المشتري، لا يمنعه ذلك من الشفعة على المشتري[3]، فإنه تكون الشفعة لبائع البتل على مبتاع الخيار[4]، وهو ظاهر، وذلك أن مبتاع الخيار يُقدر سبقية شرائه على عقد البت، فعقد الخيار يُعد ماضياً متجدداً حين كان بائع البتل مالكاً لنصيبه، فلم يبق إلا أن يقول: بائع البتل قد أخرج من ملكه ما كان يستوجب به الشفعة، وقد فرضنا أن هذا القدر ليس بمانع، وهذا هو مراد المؤلف **بقوله: (ماضٍ أوَّلاً ويشفع)**؛ أي: ماضٍ حين وقع ويشفع من باع شقصه الذي يستشفع به. ومعنى **قوله: (مقابله المشتري البتْل)**؛ أي: مقابل القول في الأصلين اللذين بنى عليهما القول الأول، أن لا يُعد ماضياً إلَّا حين الإمضاء، وهو قبل ذلك مُنحل، ومن باع شقصه الذي يستشفع به بعد بيع شريكه فقد سقط حقه في الشفعة[5]، وهذا هو مراده **بقوله: (مقابله)**. فيلزم عليه أن تكون الشفعة لمشتري البتل؛ لأنه كان مالكاً حين تجدد ملك مشتري الخيار، ولم يزل ملكه مستمراً إلى الآن، وهذا الكلام من المؤلف هنا صحيح، إلا أنه زاد في الأصل الذي بنى عليه هذه القول زيادة مستغنى عنها، وهي أنه فرض أن بيع الحصة المستشفع بها لا يضر في طلب الشفعة، وهذا لا يحتاج إليه في هذا القول الثاني، وإنما يحتاج إلى كون بيع الخيار منحلاً، ولا يُعد منعقداً إلا يوم أمضى، فتأمله.

قوله: ﴿الثَّالِثُ لِمُشْتَرِي الخَيَارِ﴾.

أي القول الثالث، وهو مبني على الاحتمال الثالث، وذلك الاحتمال هو

---

(1) في «ج»: (يجب).
(2) زيادة رأيت أنها ضرورية لاستقامة المعنى.
(3) (على المشتري): سقطت من «ج».
(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 776.
(5) ينظر: الاستذكار 21/ 316، والمنتقى 12/ 213، والجواهر الثمينة 2/ 776.

أن نفرض أن بيع الخيار ينعقد يوم ابتدئ، وأن من باع الحصة التي يستشفع بها سقط حقه، فيلزم قطعاً أن تكون الشفعة لمشتري الخيار[1]، وذلك أن مشتري الخيار حصل له الملك ـ على هذا التقدير ـ يوم اشترى، ولا شفعة لبائع البتل عليه؛ لزوال ملكه الذي يشفع به من يده، فقد تجدد ملك مشتري البتل حال ما فرض كون مشتري الخيار مالكاً.

قوله: ﴿الرَّابِعُ لِبَائِعِ الخَيَارِ﴾.

وهذا القول مقابل للقول الذي قبله، فإنه مبني على مقابلته في الأصلين معاً، أمَّا أوَّلاً: فَلأَنَّا لا نَعُدُّ بيع الخيار منحلاً، وأن من باع الحصة التي يستشفع بها لا يمنعه ذلك من الشفعة، فيلزم أن تكون الشفعة لبائع الخيار[2]؛ لأن ملكه كان صحيحاً حين تجدد ملك مشتري البتْل، وخروج ملكه عن يده بعد ذلك ليس بمانع، فقد ظهرت هذه الأقوال ممَّا بنيت عليه من الأصلين المذكورين سوى القول الثاني[3]، على ما أشرنا إليه، ولم أقف على كل هذه الأقوال منصوصاً عليها. قال في كتاب «ابن المواز»: «ولو سلَّم الشفيع شفعته في مدة الخيار لم تبطل شفعته، وكان له الأخذ بها إذا تم البيع»[4]. قال أشهب في «المجموعة»: «من ابتاع شقصاً فوجد به عيباً فأراد رده، وأراد الشفيع أخذه. وقال: أنا أرضى بعينه. فله ردُّه، ولا شفعة للشفيع»[5]. وقال ابن القاسم فيمن ابتاع داراً فردَّها بعيب دلَّس به، ثم استحق نصفها بعد أن ردَّها، فالشفعة له إن شاء من حساب جميع الثمن[6]. قال الباجي: «وهذا إذا أراد أن يأخذ المبيع دون الرد بالعيب، فتكون عهدته على البائع، فأمَّا على القول بأن الرد بالعيب نقض بيع، فلا شفعة فيه»[7]. ولو فلس مبتاع الشِّقص فقال ابن القاسم: «الشفيع أحق به، ويدفع الثمن إلى البائع، وإذا رجع

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 776.
(2) ينظر نفس المصدر والصفحة.
(3) في «ج»: (الثالث).
(4) النوادر والزيادات 11/ 179، والمنتقى 6/ 218.
(5) النوادر والزيادات 11/ 180، والمنتقى 6/ 218.
(6) نفس المصدر والصفحة.
(7) المنتقى 9/ 218.

الشِّقص إلى بائعه، فللشفيع الشفعة؛ لأنه بيع جديد، قاله سحنون»[1]. «ولو سلَّم الشِّقص وأراد محاصة الغرماء بالثمن، فباعه الإمام للغرماء، فقال أشهب: فيه الشفعة»[2].

قوله: ﴿وتَثْبُتُ فِي المَهْرِ والخُلْعِ والصُّلْحِ وجَمِيعِ المُعَاوَضَاتِ﴾.

هذا هو المذهب[3]، وهو قول الشافعي في المهر ودم العمد[4]. وقال أبو حنيفة: لا تجب فيها شفعة[5]. وقد سبق عن المذهب الخلاف في الصدقة والهبة وعلى القولة الشاذة في الميراث، فأحرى هذه المسائل، وأما ما تكون به الشفعة في هذه الوجوه، فسيأتي ذلك حيث يتكلم عليه المؤلف.

قوله: ﴿والعُهْدَةُ علَى المُشتَرِي﴾.

يعني: أن عُهدة المشتري باعتبار الثمن والرد بالعيب والاستحقاق وشبه ذلك، إنما هي على المشتري؛ لأنه كبائع للشفيع، والشفيع كمشتر منه[6] وعن سحنون: أن للشفيع أن يكتب عهدته على من شاء من بائع أو مبتاع[7]. وذهب بعض الأئمة إلى أن عُهدة الشفيع على من يأخذ من يده الشِّقص، فإن أخذه من يد المشتري فعهدته عليه، وإن أخذه من يد البائع فعهدته عليه، وأظنه مذهب أبي حنيفة[8]، وحجة أهل المذهب أن مطالبة الشفيع أولاً في الأخذ، إنما كانت مع المشتري وإليه يدفع الثمن، فوجب

(1) النوادر والزيادات 11/ 180، والمنتقى 6/ 219.
(2) المنتقى 9/ 218.
(3) ينظر: التفريع 2/ 300، والمعونة ص1271، والقبس 2/ 857، والمنتقى 6/ 207، وبداية المجتهد 2/ 216، والجواهر الثمينة 2/ 760.
(4) ينظر: الأم 7/ 109، والوسيط 4/ 74.
(5) ينظر: بدائع الصنائع 5/ 12، والمبسوط للسرخسي 14/ 145.
(6) ينظر: المدونة 14/ 405، والرسالة للقيرواني 1/ 117، والنوادر والزيادات 11/ 182، والتفريع 2/ 302، والمعونة ص1276، والتمهيد 7/ 50، والكافي 1/ 444، والمقدمات 3/ 67.
(7) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 70.
(8) ينظر: بدائع الصنائع 5/ 54، والمبسوط للسرخسي 26/ 8، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 242.

الرجوع عليه إذا وجب له رجوع[1].

قوله: ﴿وفِي شُفْعَةِ الإقَالَة قَوْلاَنِ: يُخَيَّرُ، وعلَى المُشْتَرِي﴾.

يريد: أن البائع والمشتري إذا تقايلا قبل الشفعة، لم يكن ذلك مانعاً للشفيع من الأخذ بشفعته[2]، فإن أخذ ثم اطلع على أن المتبايعين تقايلا، أو علِم بذلك قبل أخذه بالشفعة، فاختلف قول مالك، هل ليس للشفيع خيار وتكون عهدته على المشتري، وهذا هو مذهب «المدونة»[3]، أو يكون مخيراً، فإن شاء أن يجعل عُهدته على البائع جعلها، وإن شاء أن يجعلها على المشتري[4]. قال أشهب: «وسواء كان البائع هو المستقبل أو المشتري[5]»[6]. وقال مطرف وابن الماجشون: إن رأى أن التقابل بينهما كان لقطع الشفعة فالإقالة باطلة، وللشفيع الشفعة بعهدة الشراء، وإن رأى أنها على وجه الصحة وإرادة الإقالة، فهو بيع حادث، وللشفيع الشفعة بأي البيعتين شاء[7]. وكثيراً ما يستشكل في مجالس المناظرات مذهب «المدونة» فيقال: إنَّ الإقالة إنْ كانت حَل بيع فلا شفعة، وإن كانت ابتداء بيعٍ فيخير الشفيع، فلا معنى لتحتم العهدة على المشتري، ويُجاب عن ذلك باختيار الأول، وإنما ثبتت الشفعة وجعلت العهدة على المشتري؛ لاتهامهما في قطع شفعة الشفيع، كما أشار إليه ابن المواز وأشهب[8]، واستحسن أشهب قول مالك في «المدونة»، والقياس عنده[9] قول مالك الآخر. قال أشهب: «فإن كانت الإقالة بزيادة أو

---

(1) ينظر: المعونة ص1276، والكافي 1/ 444، والذخيرة 7/ 339، وبداية المجتهد 2/ 221.

(2) ينظر: التفريع 2/ 302، والمعونة ص1277، والاستذكار 21/ 287، والكافي 1/ 444، والجواهر الثمينة 2/ 761.

(3) ينظر: المدونة 14/ 405.

(4) ينظر: التفريع 2/ 302، والمعونة ص1277، والمنتقى 6/ 214، والمقدمات 3/ 67.

(5) (قال أشهب. . . . . المشتري): سقطت من «ج».

(6) النوادر والزيادات 11/ 160، والذخيرة 7/ 354.

(7) النوادر والزيادات 11/ 160، والمنتقى 6/ 214، والجواهر الثمينة 2/ 762، والذخيرة 7/ 355.

(8) ينظر: المنتقى 6/ 214، والجواهر الثمينة 2/ 762.

(9) في «ج»: (عندي).

نقصان قبل تسليم الشفيع، فله الشفعة على أيهما شاء»[1]. قال الباجي: «والشركة[2] والتولية[3] مثل الإقالة»[4].

قوله: ﴿ أمَّا لوْ سَلَّمَ قَبْلَهَا فَعَلَى البَائِعِ ﴾.

الضمير المخفوض بالظرف راجع إلى الإقالة، ومفعول: (سلَّم) محذوف، وهو الشفعة؛ أي: لو سلَّم الشفيع الشفعة قبل الإقالة ثم تقايلا، فله الشفعة وعهدته على البائع[5]، وهذا ظاهر على أصل المذهب أن الإقالة ابتداء بيع، وأما على رأي من يجعلها حلُّ بيع، فينبغي أن لا تكون له شفعة، والتهمة هنا ضعيفة؛ لأنه لا يقصد بهذه الإقالة إبطال حق الشفيع في الشفعة.

قوله: ﴿ ولاَ يَضْمَنُ مَا نَقَصَ عِنْدَهُ ﴾.

يعني: أن الشِّقص المشترى إذا تغير بنقص في ذاته أو صفاته أو سوقه فلا ضمان على مشتريه، ويكون الشفيع مخيراً في أخذه على حاله بجميع الثمن أو يُسقط حقه في الشفعة[6]، وذلك لصحة ملك المشتري، وكون الشفيع غير مجبور على الشفعة.

قوله: ﴿ ولَهُ غَلَّتُهُ، وثَمَرَةٌ قَدْ استَغْنَتْ قَبْلَها ﴾.

الضمير المجرور بـ(اللَّام) عائد إلى المشتري، والضمير الذي أضيف إليه الغلة راجع إلى المبيع أو إلى الشِّقص، والضمير المخفوض بالظرف راجع إلى الشفعة، وعقَّب المؤلف هذا الفرع بإثر الذي قبله؛ لئلا يوهم الكلام الأول أن

---

(1) النوادر والزيادات 11/ 160، والمنتقى 6/ 214، والجواهر الثمينة 2/ 762، والذخيرة 7/ 355.

(2) الشركة في الشرع عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً، بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر. ثم يطلق هذا الاسم على العقد أي عقد الشركة وإن لم يوجد اختلاط النصيبين إذ العقد سبب له. أنيس الفقهاء 1/ 193.

(3) التولية: أن يشتري شيئاً ثم يقول لغيره: وليتك هذا العقد. فيصح العقد المسلم فيه، وهو نوع من البيع، ويشترط القبول فيها على الفور كسائر البيوع، وعلمه بالثمن، وقدرته على التسليم، والتقابض إن كان صرفاً. تحرير ألفاظ التنبيه 1/ 192.

(4) المنتقى 6/ 214. والإقالة: أصلها رفع المكروه، وهو في البيع رفع بعد وقوعه. التعاريف 1/ 81.

(5) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 762.

(6) ينظر: الكافي 1/ 443.

الغلات بعد الشراء وقبل الشفعة من حقوق الشفيع لا من حقوق المشتري، وذلك أن الشفيع لمَّا لم يكن له مقال في نقض المبيع على ما تقدم[1]، صار كأن الضمان منه، فإذا كان الضمان منه، وجب أن تكون الغلة له، فبيَّن المؤلف أن حكم بخلاف ذلك[2]، وأنه غير ضامن في المعنى، وإنما يكون الضمان منه أنْ لو أجبر على الشفعة.

فإن قلت: الثمرة نوع من الغلة، فلأي شيء عطفها المؤلف على الغلة؟

قلت: لفائدة **قوله: (قد استغنت قبلها)**؛ لأنه لو لم يذكر هذا القيد لاحتمل كلامه احتمالاً ظاهراً، أن مثل هذه الصورة لا ينطبق كلامه عليها، وأن لا يكون للمشتري من الغلات إلا ما وجده قبل الشفعة، وذلك أنهم عدُّوا استغناء الثمرة على السقي وشبهه كانقضاء مدة الكراء، وجَدَاد الثمرة كاقتضاء العوض في الكراء، فكما لا أثر للاقتضاء في الحكم بالغلات للمشتري، فكذلك لا أثر للجَدَاد في الحكم بالثمرة له، وقد تقدم الكلام على مسائل الثمرة[3].

قوله: ﴿ فإنْ هَدَمَ وبَنَى، فَلَهُ قِيمَةُ مَا بَنَى يَومَ القِيامِ، ولِلشَّفِيعِ قِيمَةُ النَّقْضِ ﴾.

يريد: فإن تولَّى المشتري هدم البناء، ولم ينهدم بأمر لا تسبب[4] له فيه، فإذا هدمه وبناه كان على الشفيع ما ذكره المؤلف، وهو الثمن الأول، مع قيمة النقض يوم الشراء، مع قيمة ما بناه يوم قيام الشفيع بالشفعة[5].

فإن قلت: كيف يُعطي جميع الثمن مع قيمة النقض، مع أن النقض جزء مِن المبيع؟

قلت: لا يريدون بالثمن هنا جميع الثمن كما سألت عنه، وإنما يريدون

---

(1) ينظر ص376.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 767.

(3) ينظر ص363 وما بعدها.

(4) في «خ»، «ج»: (لا سبب).

(5) ينظر: الاستذكار 21/ 285، والبيان والتحصيل 12/ 69، والمنتقى 6/ 219، وبداية المجتهد 2/ 221.

بالثمن ما ينوب العرصة منه بلا بناء[1]، فما نابها منه فهو المُعبَّر عنه بالثمن، ويضاف ذلك إلى ما ذكرناه من القيمتين، هكذا نصَّ عليه أشهب. قال أشهب: تكون له قيمة ما عمَّر يوم القيام، وله قيمة النقض الأول منقوضاً يوم الشراء[2]، بحسب كم قيمة العرصة بلا بناء، وكم قيمة النقض مهدوماً، ثم يقسم الثمن على ذلك، فإن وقع للنقض منه نصفه أو ثلثه، فهو الذي يحسب للشفيع على المشتري ويُحد عنه منه الثمن، ويُقوَّم[3] ما بقي مع قيمة البناء قائماً[4]. قال ابن المواز: وهو قول مالك وأصحابه[5].

فإن قلت: قد قال في «المدونة»: «لو هدم المبتاع ثمَّ بنى، قيل للشفيع: خذ بجميع الثمن، وبقيمة ما عمَّر فيها»[6]. فقد نص على جميع الثمن[7]، وهو عين ما ذكره السائل.

قلت: لمَّا ذكر في «المدونة» جميع الثمن، سكت عن قيمة النقض، فلم يجمع بينهما، وإنما مراده ما فسَّره به أشهب وابن المواز، فهو المعتمد في هذا الموضع، والذي في «المدونة» وفي كلام المؤلف مُجمل.

قوله: ﴿ وتَصْويرُهَا فِي شَفِيعٍ غَائِبٍ قَاسَمَ القَاضِي أوْ الوَكِيلُ عَنْهُ، أوْ تَارِكٌ لأَمرٍ ثُمَّ ظَهَرَ فِيهِ كَذِبٌ فِي الثَّمَنِ أوْ دَعْوَى صَدَقَةٍ، وشِبْهِهَا ﴾.

يريد بهذا، الجواب على سؤال أورده بعضهم على ابن المواز، وذلك أنه قيل لابن المواز: كيف يمكن أن يحدث بناء في مشاع؟ يعني هذا السائل: أن من شرط القضاء بالشفعة أن يكون حق الشفيع مُشاعاً غير متميز، فبناؤه وهدمه ـ على هذا التقدير ـ إن كان بحضرة الشفيع فلا شفعة؛ لأن ذلك قطع لها[8]

---

(1) في «ج»: (بالبناء).
(2) الجواهر الثمينة 2/ 766.
(3) في «ج»: (ويغرم).
(4) ينظر: المنتقى 6/ 218، والتاج والإكليل 5/ 331.
(5) ينظر نفس المصدر والصفحة.
(6) المدونة 14/ 413.
(7) (وبقيمة ما عمر فيها فقد نص على جميع الثمن): سقطت من «ج».
(8) في «ج»: (لشفعته).

ـ على ما تقدم في المسقطات[1] ـ وإن كان في غيبة الشفيع، فذلك الباني والهادم غاصب[2]، وحكم الغاصب خلاف ما ذكرتم ـ على ما تقدم أيضاً في كتاب الغصب[3] ـ والحاصل أن الجمْع في هذه المسألة بيْن الحكم بالشفعة وقيمة البناء متناقض، فأجابوا عن ذلك بأجوبة منها: أن يكون الشفيع غائباً حين الشراء، فيقاسم القاضي عنه أو الوكيل، ثم يبني المشتري ويهدم في غيبة الشفيع، فالباني[4] غير مُتعدٍ، والشفيع باقٍ على شفعته لغيبته، وليس للقاضي ولا للوكيل إسقاط حقه في الشفعة؛ لأنه لم يوكل على ذلك[5]، وهذا هو مراد المؤلف بقوله: **(وتصويرها في شفيع غائب قاسم القاضي أو الوكيل عنه)** ومنها: أن يكون الشفيع حاضراً حين البناء والهدم، مصرحاً بتركه حقه في الشفعة؛ لأن البائع والمشتري ذكرا له أن الثمن أضعاف ما تبايعا عليه، فترك حقه في الشفعة لكثرة الثمن، فبنى المشتري، ثم علِم الشفيع بحقيقة الثمن[6]. وهذا هو مراد المؤلف بقوله: **(أو تارك لأمر، ثم ظهر كذب في الثمن)**. وقد قدَّمنا أن له في هذا الوجه الأخذ بالشفعة بعد إسقاط حقه فيها[7]، على خلافٍ بين ابن القاسم وأشهب في اليمين، ومنها: أن يدّعي المشتري أنه وُهب له الشِّقص أو تُصدِّق به عليه، ثم يتبيَّن بعد ذلك للشفيع أنه اشتراه ولم يوهب له ولا تُصدِّق به عليه[8]، وهذا هو مراد المؤلف بقوله: **(أو دعوى صدقة وشبهها)**. ولمَّا كانت الصدقة والهبة لا تمنعان من الشفعة على إحدى الروايتين عن مالك[9]، كان في هذا التصوير ضعف على ما قبله، فأخَّره

---

(1) ينظر: ص373 وما بعدها.
(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 767.
(3) ينظر: ص296.
(4) في «ج»: (فالبائع).
(5) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 79، والجواهر الثمينة 2/ 763، 764، والتاج والإكليل 5/ 331.
(6) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 767.
(7) ينظر: ص382.
(8) ينظر: المنتقى 6/ 220، والجواهر الثمينة 2/ 767، والتاج والإكليل 5/ 331.
(9) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 767.

المؤلف لذلك، ولا سيما أن كلام المؤلف فيما تقدم يشعر بقوة هذه الرواية؛ لتقديمه إياها على الرواية الأخرى المشهورة، وأجاب ابن المواز عن الإشكال المذكور بالجواب الأول من أجوبة المؤلف، وزاد جواباً آخر وهو: أن يكون المشتري قد اشترى الجميع وأنفق وبنى وغرس، ثم استحق رجل نصف ذلك مشاعاً، وهذا الجواب الذي يعتمد عليه أكثر الشيوخ، لِمَا يبنون عليه من كثرة الفوائد بسبب تركُّب المسألة من الشفعة والاستحقاق، والمتكفل بذلك «المدونة» وشروحاتها.

قوله: ﴿ ويُترَكُ لِلمُشْتَرِي الشَّرِيكِ مَا يَخُصُّهُ ﴾.

يعني: أن المشتري الشريك مخالف في الحكم للمشتري غير الشريك؛ لأن غير الشريك يأخذ الشفيع من يده جميع ما اشتراه، والمشتري الشريك يُعد كأنه أحد من وجبت له الشفعة، فيتحاص هو والشفيع في الصفقة بحسب نصيبها، كما لو كان المشتري غيرهما، وهذا ظاهر لا يختلف فيه، والله أعلم.

قوله: ﴿ وإِذَا تَنَازَعَا فِي سَبْقِ المِلكِ تَحَالَفَا وتَسَاقَطَا، ومَنْ نَكَلَ فَعَليهِ الشُّفْعَةُ ﴾.

يعني: أن الشريكين إذا تنازعا في قِدَم ملك كل واحد منهما، وزعم كل واحد منهما أن ملكه سابق على ملك صاحبه، وأن صاحبه ملك بشراء، وطلب أخذ نصيبه بالشفعة، فلكل واحد منهما تحليف صاحبه، فإن حلفا سقطت دعواهما، وكذلك إن نكلا، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي للحالف[1] وجعلوا هذه اليمين وهي واحدة، تغني عن يمينين؛ لأنه إذا كان كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه، فينبغي أن يحلف أولاً يميناً لصاحبه لينفي دعواه، ثم يحلف يميناً أخرى ليثبت حقه، وإن لم يتبيَّن لك هذا الفرع الأول، وهو ما إذا حلفا جميعاً، فهو بيِّن في الفرع الثالث إذا حلف أحدهما ونكل الآخر، وقد تقدم شيء من هذا في اختلاف المتبايعين، وسكت المؤلف عن الحكم في نكولهما استغناء منه بذكر الحكم في حلفهما معاً، فلو أقاما بينة، نُظِرَ إلى أقدمهما تاريخاً فقضى بها.

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 763، 764.

قوله: ﴿ ويَشْفَعُ مِن المُشتَرِي فَاسِداً بَعدَ الفَوْتِ لاَ قَبْلَهُ بالقِيمَةِ الوَاجِبَةِ ﴾.

يعني: أن من اشترى شقصاً شراءً فاسداً، فلا يخلو أن يعثر على ذلك قبل فواته أو بعده، فإن كان قبل فواته فلا شفعة؛ بل يجب فسخ البيع[1]، وإن عُثِر على ذلك بعد الفوات بما يُفيت الرباع في البيع الفاسد، وجبت الشفعة للشريك بقيمة الشِّقص؛ لأن ذلك هو العوض[2]، وهذا من الركن الذي يأتي بعد هذا، وهو المأخوذ به، ولا أعلم في المذهب خلافاً فيما قاله المؤلف في هذه المسألة، ولو قيل بعدم الشفعة في هذا الفرع لكان له وجه، ولا سيما على قول سحنون في البيع المُجمَع على فساده[3]؛ لأن لزوم القيمة في البيع الفاسد ليست من باب البيع حقيقة، وإنما ذلك عوض عن استهلاك، لكنَّ ذلك المستهْلك خرَج من يد ربه اختياراً، فراعوا فيه هذا القدر فألحقوه بالبيع، والله أعلم.

هذا إذا عُثِر على البيع الفاسد قبل أخذ الشفيع بالشفعة، فإن لم يُعثر عليه حتى أخذ الشفيع الشفعة، فقال في «المدونة»: يفسخ بيع الشفعة والبيع الأول. قال: لأن الشفيع دخل مدخل المشتري[4]. قال ابن المواز: إذا أجزنا الأخذ بالشفعة بعد الفوت، فلا بد من معرفة الشفيع بالقيمة التي لزمت المشتري، فإن أوجبها على نفسه قبل معرفته بالقيمة، فذلك باطل[5].

قوله: ﴿ فإنْ فَاتَتْ بِبَيعٍ صَحِيحٍ فَبِالثَّمَنِ ﴾.

لَمَّا قدَّم الكلام على فوات الشِّقص بما يُفِيت البيع الفاسد في الرَّبْع، إلا البيع الصحيح إذا كان مفتياً للبيع الفاسد، كمَّل الكلام هنا ببيان الحكم إذا فات بالبيع الصحيح، فذكر أن للشفيع الشفعة بالثمن؛ أي: ولا تكون له شفعة

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 764.

(2) ينظر: المدونة 14/ 444، والنوادر والزيادات 11/ 176، 177، والجواهر الثمينة 2/ 764.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 178.

(4) ينظر: المدونة 14/ 445.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 178، والذخيرة 7/ 307، والتاج والإكليل 5/ 320.

بالقيمة، ولا يكون المتبايعان قد ترادَّاها قبل أخذ الشفعة، فتصير كثمن سابق على الثمن في البيع الصحيح، فيأخذ الشفيع بأيهما شاء، كبيعتين صحيحتين تقدما في الشفعة، قاله في «المدونة»[1].

قوله: ﴿ ويُنْقَضُ بِالشُّفْعَةِ وقْفُهُ وَغَيرُهُ ﴾.

يعني: أن الشفعة لا تبطل بتصرف المشتري في الشِّقص إلا على الوجوه المتقدمة في المسقطات، فلو بنى المشتري ما اشتراه مسجداً، فللشفيع هدم ذلك المسجد وأخذ الشِّقص بالشفعة[2]، وإذا كان له إبطال الحبس، فأحرى إبطال الهبة والصدقة، وكذلك غيرها من عقود المعاوضات؛ كالبيع والإجارة. وقال مالك في «المدونة» فيمن اشترى شقصاً من دار له شفيع غائب، فقاسم الشريك، ثم قدِم الشفيع، فله نقض القسم وأخذه، واستدل على ذلك بأن القسمة قصاراها أن تكون كالبيع، فكما له الأخذ بالبيع الأول وإبطال ما بعده من البيعات، فكذلك الأخذ بالبيع الأول وإبطال القسمة التي هي أضعف من البيع، هذا معنى كلامه في «المدونة»[3]، ووافقه عليه ابن القاسم وأشهب في كتاب «ابن المواز»[4]؛ إلا أن أشهب أشار إلى تردد في كتاب «ابن عبدوس» فقال: «إنه ليأخذ بالقلب أن ليس له رد القسم؛ لأنهم قاسموا من يجوز قسمه»[5]؛ يعني: لأن المشتري قد قاسم بقية الشركاء ووكيل الغائب، ولهذا المعنى ـ والله أعلم ـ قال سحنون: «يمضي القسم، وللشفيع أخذ ما وقع للمبتاع في القسم»[6].

قوله: ﴿ ويَأْخُذُ بِأيِّ البيُوعِ شَاءَ فَيُنْقَضُ مَا بَعدَهُ ﴾.

قد تقدم الآن أنه من حق الشفيع أن ينقض ما فعله المشتري، فإن أخذ بالصفقة الأولى وقد تعددت البيعات، فإنه ينتقض ما بعدها، وكذلك لو كان

(1) ينظر: المدونة 14/ 445، والذخيرة 7/ 305.
(2) ينظر: المدونة 14/ 454، والذخيرة 7/ 352.
(3) ينظر: المدونة 14/ 410.
(4) ينظر: التاج والإكليل 5/ 326.
(5) النوادر والزيادات 11/ 160.
(6) نفس المصدر والصفحة.

بين تلك البيعات هبات أو صدقات أو حبس، فإنه إذا أخذ بالصفقة الأولى انتقض ما بعد ذلك[1]. قال أشهب: «فإن تبايع الحصة ثلاثة فأخذها من الأول كانت عهدته عليه، ودفع من ثمن الشِّقص إلى الثالث ما اشتراه به؛ لأنه يقول: لا أدفع الشِّقص حتى أقبض ما دفعته، ويدفع فضله إن كان إلى الأول، وإن فضل للثالث ما اشتراه به رجع على الثاني، وليس للثالث حَبْسه حتى يدفع إليه بقية ثمنه، ثم يرجع الثاني على الأول بتمام ما اشترى به الشِّقص منه، وإن أخذها من الثاني فعهدته عليه، ويثبت بيع الأول، ويدفع من ثمن الشِّقص إلى الثالث ما اشتراه به، ويدفع فضلاً إن كان للثاني، وإن فضل للثالث مما اشترى به الشِّقص شيء رجع به على الثاني، ولا تراجع بين الأول والثاني لتمام بيعهما، وإن أخذها من الثالث، كتب عهدته إليه، وتم ما قبل ذلك من بيع»[2].

قوله: ﴿المَأْخُوذُ بِهِ: مِثْلُ الثَّمَنِ أَوْ قِيمَتُهُ فِي المُقَوَّمِ﴾.

لمَّا كان الشفيع يتنزل منزلة المشتري فيما وجب له أخذه من يده، وجب أن يدفع له مثل ما دفع إن كان مثلياً، وإن لم يكن مثلياً، دفع إليه قيمة عوض الشِّقص لا قيمة الشِّقْص[3]، ولا يُقال أنه يدفع إليه قيمة الشِّقص؛ لأنه الذي أخذه الشفيع من المشتري؛ لأنا قدَّمنا أن الشفعة إنما هي في المعنى شراء من المشتري بالعوض الذي دفعه للبائع[4]، ولذلك كانت عهدته على المشتري لا على البائع.

قوله: ﴿فَإِنْ لَمْ يَتَقَوَّمْ كَالمَهْرِ والخُلْعِ وصُلْحِ العَمْدِ ودَرَاهِمِ جُزَافاً، فَقِيمَةُ الشِّقصِ يَومَ العَقْدِ، وقِيلَ: فِي المَهْرِ صَدَاقُ المِثْلِ، وقِيلَ: تَبْطُلُ فِي الدَّرَاهِمِ﴾.

يريد فإن كان عوض الشِّقص لا يتقوَّم غالباً، رجع إلى قيمة الشِّقص،

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 410، 411، والنوادر والزيادات 11/ 159، والتفريع 2/ 303، والكافي 1/ 441.

(2) النوادر والزيادات 11/ 159، والذخيرة 7/ 352.

(3) ينظر: التفريع 2/ 302، والكافي 1/ 442، والمنتقى 6/ 204، والجواهر الثمينة 2/ 765.

(4) ينظر: ص358.

فبها تكون الشفعة؛ لأن الفرض لزوم الشفعة في هذه الصورة، خلافاً لمن ذكرنا خلافه قبل هذا[1]، والفرض أيضاً أن القيمة تعذَّرت؛ لأن العوض لا يتقوَّم عادة، فيرجع إلى أقرب الأعواض، وذلك قيمة المبيع ـ والله أعلم ـ وهذا هو المشهور في هذه المسائل[2]، والأقرب عندي القول الشاذ في المهر؛ لأن البُضْع قد يتقوَّم في النكاح الفاسد وغيره، وأما مسألة الدراهم[3]، ففي صحة فرضها على المذهب نظر؛ لأن الدنانير والدراهم لا يجوز بيعها جزافاً، وإنما تبع المؤلف فيها من تبع الشافعية[4].

فإن قلت: نفرض أن التعامل بالدنانير والدراهم كان عندهم وزناً، وإذا كان التعامل فيها وزناً، جاز بيعها جزافاً.

قلت: يكون الحكم إذَن هو قيمة ذلك الجزاف ذهباً، كما لو وقع التبايع بصرة طعام، والله أعلم.

فإن قلت: هل يدل سكوت المؤلف عن زمن القيمة في أصل المسألة حيث **قال: (أو قيمة المقوَّم)**. ولم يقل: يوم العقد، ولا يوم القيام. وتعيينه زمن القيمة هنا أنه يوم العقد، على التفرقة في الحكم.

قلت: لا يدل على ذلك؛ بل على التسوية من باب الأولى؛ لأنه إذا كان العوض[5] غير مقوَّم، ربما سبق إلى الذهن أن القيمة لا تُعتبر إلا يوم قيام الشفيع، أو يوم الحكم له بالشفعة، إذ العوض حينئذ كالعدم، فإذا لم يُعتر هذا، وجبت القيمة يوم العقد، فلأن تجب في أصل المسألة إذا كان العوض عرْضاً غير مقوَّم أولى، والله أعلم.

فإن قلت: دلَّ كلام المؤلف بحسب مفهوم المخالفة حيث **قال: (وصلح العمد)**. على أن صلح دم الخطأ مخالف للعمد، فكيف تكون الشفعة في ذلك؟

---

(1) ينظر ص358 وما بعدها.

(2) ينظر: التفريع 2/ 300، والمعونة ص1271، والقبس 2/ 857، والمنتقى 6/ 207، والجواهر الثمينة 2/ 765.

(3) م ت: انظر: التوضيح: [5/ 350].

(4) ينظر: مختصر اختلاف العلماء 4/ 244.

(5) في «ج»: (البيع).

قلت: قد قال في «المدونة»: إن أخذ الشِّقص عن دم الخطأ، ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل، أخذه بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب أو ورق، أخذه بذهب أو ورق، يُنجَّم ذلك على الشفيع كالتنجيم على العاقلة[1][2]. وقال سحنون في المصالح عن جميع الدية على شقص: «إن كان أعطى ذلك والعاقلة أهل ذهب أو ورق[3]، فالصالح جائز، ويرجعه ابن القاسم عليهم بالأقل من قيمته أو الدية إن كان صلحه عليهم، وإن كانوا أهل إبل، فإن كان القاتل يعطي الشِّقص ولا يرجع بذلك على العاقلة فهو جائز، وإن كان إنما صالح عنهم ليرجع عليهم لم يجُزْ الصلح؛ لأنهم مخيرون»[4]. قال ابن عبدوس: «وكان سحنون يقول في هذا الأصل بقول عبد الملك: إن الدَّين له حكم العرض، فإذا اشترى الشِّقص بالدية وهي ديته[5]، فإن كانت دنانير أو دراهم قومت بالعرض، على أن تؤخذ في ثلاث سنين، ثم يقوَّم العَرض بعيْن. وقال عبد الملك: يؤخذ ذلك بالعرض الذي قوِّم به الدَّين. قال سحنون: وإن كانت الدية إبلاً، قومت بالنقد على أن تؤخذ في ثلاث سنين، ثم يأخذ الشفيع بذلك أو يدع»[6]. وعلى ابن القاسم ومن وافقه من كلامه اعتراض[7] أضربنا عن ذكره، وعن غير ذلك مما يتعلق بهذه المسألة؛ لأن المؤلف ترك هذه المسألة.

قوله: ﴿ فإِنْ اشْتَرَى مَعَ غَيرِهِ فِيمَا يَخُصُّهُ، ويَلْزَمُ المُشْتَرِي بَاقِي الصَّفْقَةِ ﴾.

يعني: فإن اشترى شقصاً مع غيره، فللشفيع أن يأخذ الشِّقص وحده بما

---

(1) تنجيم العاقلة: هو إعطاء الدية في أوقات معلومة متتابعة مشاهرة أو مساناة. ينظر: لسان العرب 12/ 570، (نجم).

(2) ينظر: المدونة 14/ 442.

(3) (ينجم ذلك. . . أو ورق): سقطت من «ج».

(4) النوادر والزيادات 11/ 169.

(5) في «ق»: (دينه).

(6) نفس المصدر السابق والصفحة.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 169.

ينوبه من الثمن، وهذا قول أكثر العلماء[1]، وعن عثمان البتي[2]: أن الشفيع إمَّا أن يأخذ الجميع أو يدع الجميع، ولا يُبعِّض الصفقة[3]. والذي قاله الجمهور هو الأصل، ولا حجة للمشتري على الشفيع ولا على البائع؛ لأنه دخل على التبعيض. وأما **قول المؤلف: (ويلزم المشتري باقي الصفقة)**. فأشار بعض الشيوخ إلى أن الشفعة إن رُدَّت إلى أنها ابتداء بيع مع الشفيع، فلا كلام للمُشتري مع البائع، وإن رُدَّت إلى أنها كالاستحقاق؛ لأن الشفيع يأخذ الشِّقص من يد المشتري كرهاً، كان للمشتري أن يرُد بقية الصفقة إذا كان الشِّقص جُلها. قال ابن المواز: «فإن استوجب الشفيع الشفعة قبل معرفته بما يقع على الشِّقص من الثمن، لم يجز. قال مالك وابن القاسم وأشهب فيمن اشترى شقصاً وبعيراً بعبدٍ، فإن كان البعير من الشِّقص قدْر ثلث الجميع بالقيمة يوم الصفقة، أخذه الشفيع بثلثي قيمة العبد، ثم إن استحق البعير، رجع بائع العبد بثلث قيمة العبد على بائع الشِّقص، وإن ابتاع شقصاً وقمحاً بدنانير، فلا بد من التقويم للقمح والشِّقص، فيأخذ الشفيع بحصة ما يقع للشقص»[4]. قال ابن المواز: «ولو باع منه شقصاً ومائة درهم بدينار، فلا بد أيضاً من تقويم الدراهم والشِّقص. قال ابن المواز: هذا على أصل أشهب بتجويز الصرف والبيع معاً»[5].

قلت: ومذهب «المدونة» جواز اجتماع البيع والصرف في عقد إذا كانت الشركة بينهما في دينار واحد، لا تبالي هل كان أحدهما تبعاً لصاحبه أو لا[6].

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 407، والتفريع 2/ 300، والاستذكار 21/ 288، والكافي 1/ 442، والمنتقى 6/ 214، والجواهر الثمينة 2/ 766.

(2) هو أبو عمرو عثمان بن أسلم البتي، من أهل الكوفة، وكان صاحب رأي وفقه، روى عن الحسن والشعبي وأنس، وروى عنه الثوري وحماد بن سلمة وغيرهما. قال أحمد بن حنبل في حقه: صدوق ثقة. ينظر: الجرح والتعديل 6/ 145، وتهذيب التهذيب 7/ 139.

(3) ينظر: الاستذكار 21/ 289.

(4) النوادر والزيادات 11/ 165.

(5) النوادر والزيادات 11/ 165، والمنتقى 6/ 214، 215.

(6) ينظر: المدونة 14/ 395.

قوله: ﴿ وَإِلَى الأَجَلِ إِنْ كانَ مَلِيئاً، أَوْ بِضَامِنٍ مَلِيءٍ، وَإِلاً عَجَّلَهُ ﴾.

يريد: وإن اشترى الشِّقص بثمن مؤجل، فللشفيع أخذه بمثل ذلك الثمن إلى مثل الأجل، بشرط أن يكون الشفيع مليئاً، فإن لم يكن مليئاً أتى بضامن مليء[1]، وفي «المدونة»: «ثقة مليء»[2]. فانظر ما أراد بثقةٍ، ولم أسقطها المؤلف[3]؟ فإن عجَز عن كل واحد من الوجهين عجَّل الثمن، وحينئذ يأخذ الشِّقص[4]، فـ(أو) من **قوله: (أو بضامن)**. للتفصيل، وظاهر كلام المؤلف أنه إذا كان الشفيع مليئاً أخذ بالشفعة، سواء كان ملاؤه مساوياً لملاء المشتري أو دونه، وكذلك إذا لم يكن الشفيع مليئاً وأتى بضامن مليء فله الشفعة وإن كان مَلَاء الضامن دون مَلَاء المشتري. وظاهر **قوله** أيضاً: **(وإلا عجَّله)**. أنه إذا عجَز عن كل واحد من الوجهين، فإنه يُعجل الثمن، وإلا سقط[5] حقه في الشفعة[6]، ولو كان المشتري عديماً، وعدمه مساوٍ لعدم الشفيع أو دونه، وهذه جمل فيها اضطراب في المذهب. قال أشهب في «الموازية» و«المجموعة»: «إن لم يكن الشفيع مثله في المَلاءِ أتى بحميل[7] مثل ثقة المشتري ومَلَائه»[8]. وقال ابن الماجشون ومحمد: «إذا كان الشفيع مليئاً، وإن كان المبتاع أملى منه، فليس عليه حميل»[9]. ولم يذكر في رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك ما شرطه أشهب[10]. وإن اتفق المشتري والشفيع في العدم، فأبى المبتاع تسليم الشفعة إلا بحميل، فقال ابن

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 341، والمعونة ص1280، والاستذكار 21/ 373، والكافي 1/ 443، والبيان والتحصيل 12/ 76، والجواهر الثمينة 2/ 766.

(2) المدونة 14/ 406.

(3) (وفي المدونة... لم أسقطها المؤلف): سقطت من «ج».

(4) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 77.

(5) في «ج»: (أسقط).

(6) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 766.

(7) الحميل: هو الكفيل أو الضامن. ينظر: لسان العرب 11/ 180، (حمل).

(8) النوادر والزيادات 11/ 162، والبيان والتحصيل 12/ 76، والمنتقى 6/ 208، والذخيرة 7/ 342.

(9) نفس المصدر السابق والصفحة.

(10) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 162، والبيان والتحصيل 12/ 76، والذخيرة 7/ 342.

الماجشون: «لا حجة له ولا حَمِيل؛ إلا أن يكون إعدام منه، فليأت بحميل كالمشتري»[1]. قال محمد: «إذا كان الشفيع عديماً فلا شفعة له إلا بحميل ثقة، كان المبتاع عديماً أوْ لا»[2]. قال أشهب: «إن اشتراه بحميل أو رهن، فليس للشفيع وإن كان أَمْلى منه أخذه إلا بحميل أو رهن مثله. وقال أيضاً أشهب: إذا كان أَمْلَى من الحميل ومن المشتري أخذه بلا رهن ولا حميل. واختار محمد القول الأول»[3]. وانظر، لو كان الدَّين عرضاً وأراد الشفيع تعجيله للمشتري، وأبى المشتري وطلب التأخير إلى الأجل وأخذ الحميل، ولم يجد الشفيع حميلاً، كيف الحكم[4]؟ فلو لم يَقُم الشفيع حتى حلَّ أجل الدَّين ورد الثمن، فله من الأجل مستأنفاً مثل أجل المشتري. قاله مالك ومطرف وابن الماجشون واختاره ابن حبيب[5]، فإن لم يكن مليئاً ولم يأت بحميل، قطع السلطان شفعتهن ولا شفعة له وإنْ وجد حميلاً بعد ذلك. قال ابن حبيب: «وقال أصبغ: لا يأخذه الشفيع إذا قام بعد الأجل إلا بنقد»[6]. وفي هذا الفصل فروع جرينا على ما يتعلق بكلام المؤلف منها، وتركنا ما عداه.

قوله: ﴿فَلَوْ أَحَالَ البَائِعُ بِهِ لَمْ يَجُزْ﴾.

يعني: فلو أحال المشتري البائع بثمن الشِّقص على الشفيع، لم يجز؛ لأنه فسخ دينٍ في دين[7]، قاله ابن القاسم في «المدونة»[8]، قال: وإن عجَّل الشفيع فللمبتاع قبضه، ثم ليس عليه أن يعجله للبائع، وليس للبائع أن يمنعه من قبض الدار، فلو اشترى الشِّقص بدين للمشتري على البائع، فقال ابن

(1) النوادر والزيادات 11/ 162، والذخيرة 7/ 342.

(2) نفس المصدر والصفحة.

(3) النوادر والزيادات 11/ 162، والبيان والتحصيل 12/ 76، والذخيرة 7/ 342.

(4) ينظر: الذخيرة 7/ 342.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 162، والمنتقى 6/ 208، والذخيرة 7/ 342.

(6) النوادر والزيادات 11/ 163، والاستذكار 21/ 273، والمنتقى 6/ 208، والذخيرة 7/ 342.

(7) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 766.

(8) ينظر: المدونة 14/ 406.

الماجشون: «يأخذه الشفيع[1] بقيمة الدَّين من العروض التي يتعجل ثمنها[2] كالحنطة والزبيب»[3]. ولسحنون في «المجموعة»: «يُقوَّم الدَّين بعرْض، ثم يُقوَّم العرْض بعيْنٍ ويأخذه الشفيع بذلك»[4]. وقال مالك: «لا يأخذه الشفيع إلا بمثل ذلك الدَّين، أو يترك، وكذلك لو كان البائع عديماً، ومثله عن أشهب، وزاد مطرف: ولو كثرت القيمة فيه»[5]. وقال أصبغ: «يأخذه بمثل الدَّين، إلا أن يهضم له هضيمة[6] بيِّنة، فيأخذه بقيمة الشِّقص لا بقيمة الدَّين»[7]. فإذا قلنا بمثل الدَّين، فقال مالك: إن كان يوم قيام الشفيع حالّاً، أخذ به حالّاً، وإن كان بقي من الأجل شيء، فإلى مثل ما بقي من الأجل. وقال أصبغ: «إنما يستشفع بمثل الدَّين حالّاً»[8]. هكذا نقل الباجي قول مالك عن كتاب «ابن حبيب»[9]، أعْنِي قوله: يوم قيام الشفيع حالّاً. وقال بعض الشيوخ: إنه غلَط. قال: وإنما إلى ذلك يوم الشراء، وذلك هو في كتاب «محمد»[10].

قوله: ﴿ وثَوَابُ الهِبَةِ كَالثَّمَنِ فَلا يَأْخذُ إلاَّ بَعْدَهُ، وقَالَ أَشْهَبُ: إنْ فَاتَ قَبْلَهُ أَخَذَهُ بِالأَقَلِّ ﴾.

يعني: أن هبة الثواب لا تمنع من شفعة الشفيع[11]، وإذا كانت الهبة لغير الثواب لا تمنع من ذلك فأحرى هبة الثواب. وقال الشافعي: هبة الثواب لا تجوز[12]. وأجازها أبو حنيفة ولم ير فيها شفعة[13]، وقوله هذا قول قوي

(1) (الشفيع): سقطت من «ج».
(2) في «ج»: (مثلها).
(3) النوادر والزيادات 11/ 163، والمنتقى 6/ 204.
(4) النوادر والزيادات 11/ 163.
(5) النوادر والزيادات 11/ 64، والمنتقى 6/ 204، والذخيرة 7/ 343.
(6) الهضيمة: الظلم والنقص، يقال: هضمه حقه؛ أي: نقصه. ينظر: لسان العرب 12/ 613، (هضم).
(7) النوادر والزيادات 11/ 164، والمنتقى 6/ 204.
(8) النوادر والزيادات 11/ 164، والمنتقى 6/ 205.
(9) ينظر: المنتقى 6/ 205.
(10) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 75، والمنتقى 6/ 206، والذخيرة 7/ 343.
(11) ينظر: الكافي 1/ 439، والذخيرة 7/ 323.
(12) ينظر: الوسيط 4/ 74.
(13) ينظر: المبسوط للسرخسي 14/ 140، وفتاوى السغدي 1/ 398.

جداً، فإذا فرَّعنا على مذهبنا، فالثواب يتنزل ـ كما قال المؤلف ـ منزلة الثمن، فإن كان من ذوات الأمثال فبمثله، وإن كان من ذوات القيم فبقيمته[1]، هذا معنى **قول المؤلف: (وثواب الهبة كالثمن)**. وأما **قوله: (فلا يأخذ إلا بعده)**فمعناه: أنه إذا كان الثواب مثل الثمن، فقيل: أَخْذُ الواهب الثواب أو الحكم به لم يتقرر ثمن، فلا شفعة، وهذا هو مذهب «المدونة» والمشهور[2]. وقال أشهب وابن عبد الحكم: إذا فات الشِّقص وجبت فيه الشفعة بالقيمة[3]. وأما **قول المؤلف: (وقال أشهب...)** إلى آخره. فمعناه: أن الحكم الذي قدمناه أولاً عام على المشهور، أنَّ الشفعة تكون بمثل الثواب أو قيمته، سواء فات الشِّقص الموهوب قبل الثواب أو بعده. وقال أشهب في كتاب «محمد»: «إن فات الشِّقص قبل دفع الثواب، ثم أثاب الموهوب له، فإن الشفيع يشفع بأقل الأمرين: قيمة الشِّقص، أو قيمة الثواب»[4]. وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي: القيام أن يستشفع بالأكثر من قيمة الهبة أو قيمة الثواب[5]. وهو الأظهر ـ والله أعلم ـ ووجهه ظاهر؛ لأن قيمة الشِّقص إذا كانت أكثر من الثواب، فللواهب أن يقول: إنما قبلتُ منه هذا لصداقة بيني وبينه، أو لِمَا أرجوه منه بعد ذلك[6]، وإن كان الثواب أكثر من قيمة الشِّقص، فلأن ذلك هو العوض غالباً في هذا النوع، والله أعلم.

قوله: ﴿ وَمَا حُطَّ مِن الثَّمَنِ لِعَيبٍ فَيُحَطُّ اتِّفَاقاً، ولِإِبراءٍ، قَالَ أَشْهَبُ: يُحَطُّ. وقَالَ ابنُ القَاسِمِ: إِنْ كَانَ مِثْلُهُ يُحَطُّ عَادَةً ﴾.

يعني: أن الثمن إذا تقرر في الشِّقص، ثم أُسقط منه شيء لموجب، فإن كان ذلك الموجب عيباً في المبيع، أُسقط ذلك القدَر عن المشتري؛ لن الباقي

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 765.
(2) ينظر: المدونة 14/ 409، والمنتقى 6/ 206، والذخيرة 7/ 350.
(3) ينظر: الاستذكار 21/ 272، والمنتقى 6/ 206، والجواهر الثمينة 2/ 766، والذخيرة 7/ 351.
(4) البيان والتحصيل 12/ 75، وينظر: المنتقى 6/ 207، والجواهر الثمينة 2/ 766، والذخيرة 7/ 351.
(5) ينظر: الذخيرة 7/ 351.
(6) (فللواهب... بعد ذلك): سقطت من «ج».

بعد السَّاقط هو الثمن[1]، وإن كان المسقط إنما المراد به استصلاح البيع، فقال أشهب: إنه يُحط عن الشفيع[2]. وهو مراد المؤلف **بقوله: (لا براء)**. وحكى المؤلف عن ابن القاسم: أنه يُحط، بشرط أن يكون ذلك القدَر مما يُحط عادة[3]. وهذا قول ابن القاسم في موضع من كتاب الشفعة، وله في موضع آخر فيمن اشترى شقصاً بألف درهم، ثم وضَع عنه البائع تسعمائة، بعد أن أخذ الشفيع أو قبل، فإنه يُنظر، فإن أشْبَه أن يكون ثمن الشِّقص عند الناس مائة درهم إذا تغابنوا بينهم أو اشتروا بغير تغابن، وُضِع ذلك عن الشفيع؛ لأن ما أظهرا من الثمن الأول إنما كان سبباً لقطع الشفعة، وإن لم يُشبه أن يكون ثمنه مائة لم يحط للشفيع[4] شيئاً، وكانت الوضيعة هبة للمبتاع[5]. والتحقيق أنه لا بد من جمع كلامه في الموضعين، فلا بد أن يكون الذي أُسقط من الثمن مما يُسقط عادة، ولا بد أن يكون الباقي بعد الساقط مما يُشبه ثمن الشِّقص[6]، فتأمله.

قوله: ﴿ ولاَ تُنْقَضُ الشُّفْعَةُ بِردِّ الثَّمنِ المُقوَّم بِعَيبٍ، وعلَى الشَّفِيعِ قِيمَتُهُ عِندَ ابنِ القَاسِمِ، وقِيمَةُ الشِّقصِ عِندَ سَحنُونٍ، فَيُخَيَّرُ الشَّفِيعُ، وعلَى المُشْتَرِي قِيمَةُ الشِّقْصِ ﴾.

يريد: أن من اشترى شقصاً بعبدٍ أو بغيره من ذوات القيم، فأخذ الشفيع ذلك الشِّقص بقيمة العبد، فاطَّلع البائع على عيب في العبد فرده إلى [المشتري][7]، فليس له على المشتري[8] إلا قيمة الشِّقص، ولا ينتقض ما بين الشفيع والمشتري[9]، ولم يجعلوه مثل البيع الفاسد؛ لوجوب فسخ البيع

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 668.
(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 167.
(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 167، والذخيرة 7/ 351.
(4) في «ق»: (الشفيع).
(5) ينظر: المدونة 14/ 409.
(6) ينظر: المعونة ص1282، والجواهر الثمينة 2/ 768.
(7) في جميع النسخ: «فرده إلى البائع». ولعل الصواب ما أثبته.
(8) في «ج»، «خ»: (البائع).
(9) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 769.

الفاسد لحق الله تعالى، والقيام بالعيب من حق الآدمي فلا يبطل به حق الشفيع، وهذا معنى **قول المؤلف: (وعلى الشفيع قيمته)**؛ أي: قيمة الشِّقص عند ابن القاسم[1]، وقال مثله أصبغ، وهو اختيار ابن المواز. وقال عبد الملك وسحنون: ينتقض ما بين الشفيع والمشتري كما انتقض ما بين البائع والمشتري، وتكون على الشفيع قيمة الشِّقص كما كانت على المشتري[2]، وهذا هو معنى **قول المؤلف: (وقيمة الشِّقص عند سحنون)**[3]. ثم إن شاء الشفيع أن يأخذ بما حصل بيد البائع، إن كانت قيمة الشِّقص أكثر من قيمة العبد[4] ـ وهذا هو معنى قول المؤلف: فيخير الشفيع ـ وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع بما زادت على قيمة الشِّقص[5]. وأما **قوله: (وعلى المشتري قيمة الشِّقص)**. فإنما يتم على هذا الوجه الأخير، وهو إذا كانت قيمة الشِّقص أقل من قيمة العبد، والأقرب مذهب عبد الملك؛ لأن استحقاق العوض المُقوَّم أو ظهور عيب به يوجب فسخ العقدة، فإن كانت فائتة وقع التراجع في القيمة، وقد وقع لأشهب ما يوافق قول عبد الملك في مسألة «المدونة» في الكراء، وذلك أن مالكاً قال: «فيمن اكترى إبلاً إلى مكة بشقصٍ ففيه الشفعة بمثل كراء الإبل إلى مكة، ولو اكترى به داراً فبقيمة كرائها، ولو أجَّر به أجيراً فبقيمة الإجارة»[6]. ومثله لعبد الملك وأشهب. قال ابن المواز عن ابن القاسم: «فإن أخذ الشفيع بذلك، ثم مات الأجير أو انهدم المسكن أو هلكت الدابة بعد أن مضى نصف العمل أو نصف السكنى والركوب، فليرجع بنصف قيمة شقصه؛ لأن أخذ الشفيع فوت»[7]. وقال أشهب: «إذا ماتت الدابة في نصف الطريق، ورجع المكتري بنصف قيمة الشِّقص، رجع المكري على الشفيع بما رجع به رب الشِّقص عليه، ويقاصه من نصف ما أخذ منه من قيمة كراء دابته،

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 769، والذخيرة 7/ 315، والتاج والإكليل 5/ 331.
(2) ينظر نفس المصدر السابق والصفحة.
(3) ينظر: التاج والإكليل 5/ 331.
(4) (العبد): سقطت من «ج».
(5) ينظر: الذخيرة 7/ 368.
(6) المدونة 14/ 442.
(7) النوادر والزيادات 11/ 165، والمنتقى 6/ 205، والذخيرة 7/ 330.

إلا أن تكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشِّقص، فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء دابته، ويدع له من ذلك نصف قيمة الشِّقص، ونحو هذا عن عبد الملك»[1]. وقد جرى عبد الملك على أصله؛ لكن أشهب اختلف قوله.

قوله: ﴿ ولَوْ وَقَعَ قَبْلَهَا امْتَنَعَتْ ﴾.

يعني: ولو وقع الاستحقاق في هذه الصورة قبل الشفعة امتنعت الشفعة؛ لانتقاض البيع قبل الشفعة، نصَّ على ذلك في «المدونة»، ولا أعلم فيه خلافاً.

قوله: ﴿ وأَمَّا النُّقُودُ فَبَدلُهَا ﴾.

يعني: ولو كان ثمن الشِّقص دنانير أو دراهم، فاستحق أو اطلع على عيب بذلك الثمنن فلا أَثَر لذلك في إسقاط الشفعة، سواء كان الاستحقاق والاطلاع قبل الأخذ بالشفعة أو بعده؛ لوجوب القضاء بمثل ذلك في البيع.

قوله: ﴿ وفِي غَيرِهِما قوْلاَنِ: بَدَلَها، وقِيمَةُ الشِّقصِ، فَيَجِيءُ فِي الشَّفِيعِ القَولانِ ﴾.

الضمير من **قوله: (وفي غيرهما)** راجع إلى المُقوَّم المذكور في أصل المسألة، وإلى النُّقود المذكور في الفرع السابق؛ أي: وفي غير المقوَّم والنقود قولان؛ كالطعام وشبهه من المكيلات والموزونات. اختلفت روايات «المدونة» فيه، هل حكمه حكم النقود فيلزمك البدل، أو حكمه حكم المقوَّم فتجب قيمة الشِّقص[2]، وهذا إذا كان الاطلاع على العيب بعد أخذ الشفعة، وأمَّا إن كان قبل الشفعة، فإنه يفسخ البيع بلا خلاف، فتبطل الشفعة[3]. وأما **قوله: (فيجيء في الشفيع القولان)**. فالألف واللام في (القولين) للعهد، وهما قولا ابن القاسم وسحنون السابقان في صدر المسألة، ومعنى هذا: أنَّا إذا فرَّعنا على القول بأن الواجب في الطعام وشبهه قيمة الشِّقصِ ـ كما هو الحكم في المقوَّم ـ جاء القولان السابقان بالضرورة[4]، والله أعلم.

---

(1) النوادر والزيادات 11/ 165، والمنتقى 6/ 205، والذخيرة 7/ 330.

(2) ينظر: المدونة 14/ 423.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 769.

(4) في «ج»: (بالصورة).

قوله: ﴿ولوْ تَنَازَعَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فَالقَولُ قَولُ المُشتَرِي فيمَا يُشْبِهُ بِيَمِينٍ، وإِلاَّ فَقولُ الشَّفِيعِ، وقَالَ أَشْهبُ: القَولُ قَولُ المُشتَرِي فِيمَا يُشْبِهُ بِغَيرِ يَمِينٍ، وفِي غَيرِهِ بِيَمِينٍ﴾.

صورة هذه المسألة بيّنة، ومن دعوى الأشبه عندهم أن يكون المشتري من المُلوك وشبههم، الذين يرغبون في الدار الملاصقة لهم ويزيدون في ثمنها، فكيف بما لهم فيه شركة! ولا شك أن الشِّقص ملك للمشتري، والشفيع يريد أخذه من يده[1]، فيكون القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه[2]. ولم يذكر[3] في «المدونة» اليمين[4]، وذكرها في غير «المدونة»[5]، ولا بد من ذلك، واستضعفوا قول أشهب. قال ابن المواز[6]: إن ادعى الشفيع أنه حضَر المبايعة فعِلم أن الثمن أقل مما ادعاه المشتري حلف المشتري[7]، وإن كان لا حقيقة عنده لم يلزم المشتري يمين. ولمطرف في دعوى المشتري السَّرف[8] أو غيره: القول قوله بيمين[9]. وقال ابن حبيب: «إن أتى المشتري بسرف رُدّ إلى القيمة»[10]. قال بعض الشيوخ: «وقد اختلف إذا أتى المشتري والشفيع بما لا يشبه. قال: وأعدل الأقاويل أن يحلفا جميعاً ويأخذ الشفيع بالقيمة، وإن نكَل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف، وإن طال الزمان حتى نُسِي الثمن، وقال المشتري: لا أعلمه بطول الزمان وغيبة السفر، سقطت الشفعة»[11]. وفي «الموازية

(1) في «ق»: (بيده).

(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 196، والمعونة ص1281، والبيان والتحصيل 12/ 62، والذخيرة 7/ 335، وبداية المجتهد 2/ 221، والجواهر الثمينة 2/ 771.

(3) (ولم يذكر): سقطت من «ج».

(4) ينظر: المدونة 14/ 404.

(5) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 68، والجواهر الثمينة 2/ 771.

(6) (قال ابن المواز): سقطت من «ج».

(7) (حلف): سقطت من «ج».

(8) السَّرف: هو تجاوز الحد في كل فعل يفعله الإنسان، وإن كان في الإنفاق أشهر. التعاريف 1/ 403.

(9) ينظر: الاستذكار 21/ 270.

(10) النوادر والزيادات 11/ 196، والاستذكار 21/ 271، والبيان والتحصيل 12/ 92.

(11) البيان والتحصيل 12/ 64، والذخيرة 7/ 336.

والمجموعة»: «إذا أتى المشتري بما لا يشبه وجهلوا الثمن، أخذه الشفيع بقيمته يوم البيع»[1]. ونحوه لأصبغ. قال في «الموازية»: «وإن أقاما بيّنة وتكافأت في العدالة كانا كمن لا بيّنة لهما، ويصدَّق المبتاع؛ لأن الدار في يده»[2]. وقال سحنون: «لا يبطلان في التكافؤ، والبيِّنة بيِّنة المبتاع»[3]. ومثله لأشهب[4]. وحمل هذا بعض الشيوخ على اتحاد المجلس. وأما إن كانت الشهادتان عن مجلسين، ففي كتاب «ابن المواز»: «القول قول الشفيع إن كانوا عدولاً وإن كانت بيِّنة الآخر أعدَل؛ لأنه إن كانت بيّنة الشفيع قبْل، فقد زاده في الثمن، فلا تلزم الزيادة، وإن كانت بعْد، فقد أسقط عنه من الثمن»[5]. واختلف عند عدم البينة، هل تُقبل شهادة البائع؟ فقال ابن المواز: لا يُقبل قوله ولو كان عدلاً. ويقرب منه ما في كتاب «ابن مزين»[6][7]. وقال القاضي ابن رشد: «لا يمتنع عندي أن يكون شاهداً»[8].

قوله: ﴿فَلوَ أَنْكَرَ المُشتَرِي الشِّرَاءَ والبَائِعُ مُقِرٌّ، حَلَفَ وسَقَطَتِ العُهْدَة، وقِيلَ: يَأْخُذُهُ؛ لأنَّ البَائِعَ مُقِرٌّ أَنَّهُ أَحَقُّ. واخْتَارَهُ اللَّخْمِيُّ﴾.

تجوَّز في إطلاق لفظتي: **(المشتري)** و**(البائع)** مع أن البيع[9] لم يثبت، وكلامه يوهم أن القول الثاني عام في الحاضر والغائب، وإنما في كتاب

---

(1) المنتقى 6/ 205.

(2) المدونة 14/ 404.

(3) النوادر والزيادات 11/ 196، والاستذكار 21/ 276.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 197، والاستذكار 21/ 276، وبداية المجتهد 2/ 221.

(5) النوادر والزيادات 11/ 197.

(6) هو أبو زكريا يحيى بن زكريا بن إبراهيم بن مزين، مولى رملة بنت عثمان بن عفان ﷺ روى عن عيسى بن دينار ويحيى بن يحيى، رحل إلى المشرق فأخذ الموطأ عن مطرف، وسمع بمصر من أصبغ، ولي قضاء طليطلة. له عدة مؤلفات منها: «تفسير الموطأ»، و«علل حديث الموطأ» وغيرهما، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (259هـ).
ينظر: سير أعلام النبلاء 8/ 86، والديباج 1/ 354، وتاريخ التراث العربي 2/ 146.

(7) ينظر: المنتقى 6/ 206.

(8) البيان والتحصيل 12/ 64.

(9) في «ج»: (المبيع).

«محمد» فيمن قال: «إنه باع من فلان، وفلان منكرٌ أو غائب، أن لا شفعة له إن أنكر وإن كان غائباً، فإن كان بعيد الغيبة فلا شفعة للشفيع؛ لأن البائع مقر أنه أولى به منه، فإن قدِم الغائب فأقرَّ، كانت العهدة عليه، وإن أنكر حلف ورجع الشِّقص إلى البائع. قال محمد: وأحب إليَّ أن لا يرجع الشِّقص إلى البائع وإن أنكر الغائب؛ لأن البائع مقر أن الشفيع أحق منه[1] بذلك الثمن، ويكتب عهدة الثمن على البائع»[2]. قال الشيخ أبو الحسن اللخمي: «وقول محمد صواب، وأرى الحاضر مثله»[3]. فانظر كيف فصل في هذا القول[4] بين الغائب والحاضر، وإنما سوَّى بينهما الشيخ أبو الحسن اللخمي. ولو ادعى رجل أنه اشترى شقص غائب، وقام الشفيع، فقال ابن القاسم في «المدونة»: لا شفعة له؛ لأنه إن أتى الذي له ذلك الشِّقص، غرمه كراء ما سكن وأخذ نصيبه، وإن قضي له بالشفعة ثُم أتى فأنكر البيع، لم يكن على الذي قضى له بالشفعة من الكراء شيء[5]. وقال أشهب: إذا كان الشِّقص في يد المدعي حتى لا يقدر أحد أن يُخرِجه من يده، كانت له الشفعة، فإن قدِم الغائب فأقر، مضت. وإن أنكر، أخذ شقصه ورجع المشتري بالثمن على الذي دفعه إليه[6].

تمَّ كتاب الشفعة بحمد الله وحسن عونه، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً[7].

---

(1) في «ق»: (أحق به).

(2) النوادر والزيادات 11/ 198، والجواهر الثمينة 2/ 772، والذخيرة 7/ 335 ـ 338.

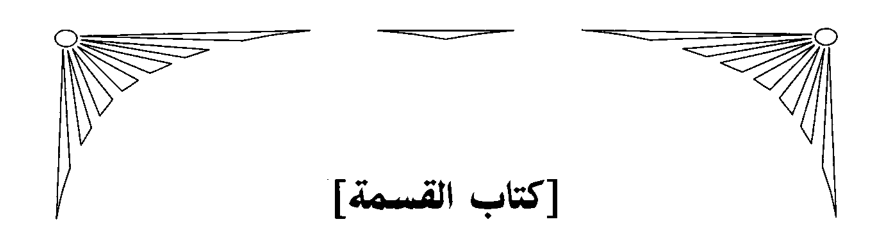
(3) الذخيرة 7/ 338.

(4) في «ج»: (هذا الفصل).

(5) ينظر: المدونة 14/ 451.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 198.

(7) (تم كتاب الشفعة... وسلم تسليماً): سقطت من «ق»، «خ».



[كتاب القسمة]

قوله: ﴿ القِسمَةُ ثَلَاثَةٌ: قِسمَةُ مُهَايَأَة، وقِسمَةُ بَيعٍ، وقِسمَةُ قِيمَةٍ ﴾.

لا شك في أصل مشروعيتها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ أُوْلُواْ ٱلْقُرْبَىٰ﴾[1] الآية، وفي ذلك أحاديث صحيحة، كقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم»[2]. وحديث عمران بن حصين[3] «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزَّأهم [أثلاثاً][4]، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرقَّ[5] أربعة، وقال له قولاً شديداً»[6]. وقوله ﷺ: «مثل القائم في حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا سفينة، فأصاب قوم أعلاها وقوم أسفلها»[7].

---

(1) القسمة لغة: مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم، وقسَّمه: جزَّأه. ينظر: الصحاح 5/ 2010، (قسم).
أما شرعاً فهي: تمييز بين الحقوق الشائعة بين المتقاسمين. أنيس الفقهاء 1/ 272.

(2) أخرجه مالك في الموطأ 2/ 713، كتاب الشفعة.

(3) هو أبو نجيد عمران بن الحصين بن عبيد الله الخزاعي الأزدي، صحابي كثير المناقب، بعثه عمر يفقه أهل البصرة، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (53هـ). ينظر: طبقات ابن سعد 7/ 4، وتهذيب التهذيب 6/ 125، وتذكرة الحفاظ 1/ 23، ومشاهير علماء الأمصار ص66.

(4) (أثلاثاً): سقطت من جميع النسخ، وما أثبتناه هو ما في صحيح مسلم.

(5) في «ج»: (أبقى).

(6) أخرجه مسلم في صحيحه 3/ 1288، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(7) نص الحديث في البخاري: «عن النعمان بن بشير ﷺ عن النبي ﷺ قال: «مثل القائم على حدود الله والواقع فيها، كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا: لو أنَّا خرقنا في نصيبنا خرقاً ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم، نجوا ونجوا جميعاً». صحيح البخاري 2/ 882، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه.

وأمَّا تنويعه إياها إلى ثلاثة في **قوله**: **(مهايأة، وقسمة بيعٍ، وقسمةُ قيمة)**. فهي طريق الأكثرين، وربما قُسمت إلى غير ذلك[1]، ولفظة: مهايأة[2]. تضبط بالنون بين الألفين، فكأن كل واحد من المتقاسمين هنأ لصاحبه ما أعطاه، وتضبط بالياء المثناة من أسفل، وكأن كل واحد هيَّأ لصاحبه ويَسَّر له ما أعطاه[3].

قوله: ﴿ فالأُولَى: إِجَارَةٌ لازِمَةٌ، كَدَارٍ أوْ دَارَيْنِ يَأْخُذُهَا كُلُّ واحِدٍ مِنهُمَا، أوْ إِحْدَاهُمَا مُدَّةً مُعَيَّنَة ﴾.

هذه هي قسمة المهايأة، وهي قسمة المنافع، وأصلها الإجارة، فيجوز فيها ما يجوز في الإجارة، وذكر المؤلف أنها تنقسم قسمين: لازمة، كما تلزم الإجارة، وذكر لها مثالين:

أحدهما: أن تكون دار بين الشريكين يسكنها كل واحد منهما شهراً.

والثاني: أن يكون لهما داران، يسكن أحدهما داراً معينة، والآخر الدار الأخرى كذلك، ولا يشترط مساواة المدتين، وإنما يشترط حصرهما[4]، **فقوله**: **(يأخذها كل واحد منهما)**. راجع إلى **قوله**: **(كدار)**. **وقوله**: **(أو أحدهما)**. راجع إلى **قوله**: **(أو دارين)**. **وقوله**: **(مدة معينة)**. قَيْد راجع إلى المثال الثاني، ويُضمر بعد الأول مثله.

قوله: ﴿ وغَيرُ لازِمَةٍ كدارَينِ يَأْخُذُ كُلُّ واحِدٍ مِنهُما سُكْنَى دَارٍ ﴾.

وهذه أيضاً نوع من الإجارة على الخيار، ولا يشترط فيها ضرْب الأجل؛ لأن كل واحد منهما له أن ينحل منها متى شاء[5]، ولا يمكن تصويرها بالمثال الأول من مثالي اللازمة إلا أن يأخذ أحدهما بيتاً من الدار ـ مثلاً ـ ويأخذ الآخر كذلك. قال مالك في «المجموعة»: «في عبدٍ بين رجلين يقول أحدهما لصاحبه: دَعْنِي أكريه هذا الشهر آخذ كراءه، وتَكريه أنت في

---

(1) ينظر: القوانين الفقهية 1/ 187.

(2) في «ج»: (مهاناة).

(3) ينظر: التلقين 2/ 457، والتاج والإكليل 5/ 334.

(4) ينظر: التلقين 2/ 458، والكافي 1/ 445، والمقدمات 3/ 102، والمنتقى 6/ 50.

(5) ينظر: التاج والإكليل 5/ 354.

الشهر الآخر، فلا يعجبني هذا وشبهه في الخدمة»[1]. وقال في كتاب «محمد» في الدابة بينهما: «لا يجوز أن يقول: ما كَسَبَت اليوم فلي، وما كَسَبَت غداً فلك، وكذلك العبد، وإن قال: أخدمه أنت اليوم وأنا غداً. كان جائزاً، وكذلك أنا شهر وأنت شهر. قال محمد[2]: إنما تجوز في الخدمة مثل خمسة أيام فأقل، ولا يجوز في الكسب ولا يوم واحد، وقد سهَّل مالك في اليوم الواحد، وكرهه في أكثر منه، وأجازه في الخدمة»[3]. وقال ابن عبدوس عن ابن القاسم: «إن تَهايآ في دورٍ وأرض، على أن يسكن كل واحد أو يزرع ناحية، فذلك جائز في السكنى والزراعة، ولا يجوز في الغلة والكراء. قال: ولا يجوز ذلك في خدمة العبد إلا في أجل قريب كالشهر وأكثر منه وما أشبهه، ولا يجوز فيما بَعُدَ، وأما البذور والأرضون وما هو مأمون فيجوز[4] التهايؤ فيه السنين المعلومة، والأجل البعيد ككرائها، وليس لأحد فسخه بعد ذلك»[5].

قوله: ﴿ الثَّانِيَةُ بَيعٌ كَدَارَينِ أَوْ حِصَّتينِ، أَوْ عُلوٍ وسُفْلٍ، أَوْ غَيرِ ذَلِكَ، يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ إِحْدَاهُمَا بِالأُخْرَى مِلْكاً ﴾.

هذا هو النوع الثاني من أنواع القسمة، وهي بيع لا شك فيه إن كان بغير تعديل ولا تقويم، واختلف فيها إن كانت بتعديل وتقويم[6]، هل حكمها حكم البيع أو لا؟ وإن كان بعضهم أطلق الخلاف فيها[7]، وليس من شرطها اتحاد الجنس، لِمَا قلنا: أنها بيع، ولذلك لا يحكم بها عند التنازع[8]. واختلف في جوازها بالقرعة، والمشهور أنه لا تجوز.

---

(1) النوادر والزيادات 11/ 237، والمنتقى 6/ 52.

(2) في «ج»: (قال مالك).

(3) النوادر والزيادات 11/ 238، والمقدمات 3/ 102، والمنتقى 6/ 51، 52.

(4) (في أجل قريب... فيجوز): سقطت من «ج».

(5) النوادر والزيادات 11/ 238، والمقدمات 3/ 102.

(6) ينظر: المدونة 14/ 463، والمقدمات 3/ 93، والمنتقى 6/ 50، والجواهر الثمينة 2/ 783.

(7) ينظر: الكافي 1/ 450، والتاج والإكليل 5/ 334.

(8) ينظر: المقدمات 3/ 92، والمنتقى 6/ 50، والجواهر الثمينة 2/ 783، والتاج والإكليل 5/ 335.

فإن قلت: أليس **قوله: (أو حصتين)**. تكرار **لقوله: (أو كدارين)**. ألا ترى أنه ليس كل واحد منهما من كل دار غير[1] حصة، فإذا تراضيا بأن أخذ أحدهما داراً وأخذ الآخر الأخرى، فقد تراضيا بأن باع كل واحد منهما حصته في إحدى الدارين بحصته في الدار الأخرى.

قلت: ليس بتكرار؛ لأن مراده بالحصتين المقابلتين للدارين هو أن لهما جميعاً حصة في دار، ولهما كذلك من دار أخرى، فأخذ أحدهما حصتهما معاً من إحدى الدارين، وسلَّم لصاحبه ما لهما معاً في الدار الأخرى.

قوله: ﴿ الثَّالِثَةُ وهِيَ المَقصُودَةُ: كَدَارٍ أوْ بُستَانٍ، فَتُصَحَّحُ السِّهَامُ، ثُمَّ تُعدَّلُ المَواضِعُ عَلَيها بِالقِيمَةِ لاَ بِالمَسَاحَةِ، ثُمَّ يُقْرَعُ، فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ فِي طَرَفٍ وبَقِيتْ لَهُ سِهَامٌ أَخَذَها مِمَّا يَلِيهِ ﴾.

هذا هو النوع الثالث من أنواع القسمة[2]، وهو الذي يقصد الكلام عليه في كتاب القسمة، وذلك أن النوع الأول راجع إلى الأكرية، والثاني إلى البيع، وهذا هو المقصود الأهم هنا، وهو تمييز حق لا بيع، على أصح القولين[3]. وليس مراد المؤلف **بقوله: (كدار أو بستان)**. أنهما يجتمعان معاً في القسمة، وإنما مراده أن الدار كما تقسم ولا يمنع من قسمتها اختلاف الأغراض في بيوتها، فكذلك البستان يُقسم ولا يمنع منه اختلاف الأغراض في أشجاره ولو اختلفت أجناسها[4]. ثم بيَّن المؤلف صفة هذه القسمة في الرَّبْع **بقوله: (فتصحح السهام)** إلى آخره. ومراده بذلك: أنه إذا اختلفت أنصباء الشركاء، وهم هنا أعمُّ من الورثة، وليس هم الورثة خصوصاً، وتُرد

---

(1) (غير): سقطت من «ج».

(2) وهي قسمة القرعة، واستدلوا على جواز القرعة بقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَـٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: 44]. وقوله ﷺ: «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول، ثم لا يجدوا إلا أن يستهمُوا عليه لاستهمُوا». صحيح البخاري 1/ 222، باب الاستهام في الأذان، وصحيح مسلم 1/ 325، باب تسوية الصفوف وإقامتها.

(3) ينظر: المقدمات 3/ 93، والمنتقى 6/ 49، والذخيرة 12/ 197.

(4) ينظر: التلقين 2/ 258، والكافي 1/ 446، والمقدمات 3/ 193، والجواهر الثمينة 2/ 783، والتاج والإكليل 5/ 335.

السهام من نسبة السهم الأقل، أو تأتي بأقل الأعداد التي تصح منها سهام الجميع، فإذا حصل لك هذا العدد، عدَّلت أجزاء الدار أو البستان عليهما بالقيمة لا بالمساحة، فربما اختلفت جهات الدار الواحدة في القيمة، بحيث يكون الذراع من جهة، يساوي قيمة الذِّراعين من جهة أخرى، ثم يُقرع بينهم، فمن خرَج سهمه في جهة، فإن كان ليس له إلا سهم واحد، أخذ الذي خرج سهمه بعده يليه، وإن كان له سهمان فأكثر، أخذ سهامه كلها في الجهة التي خرجت له، وكذلك الثاني والثالث[1]. قال ابن عبدوس: يُقوِّم القاسم النَّخل نخلة نخلة، إذا كان من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع، ويسأل أهل الخبرة بما عرَف من حمل كل نخلة، فقد تكون النخلة لها منظرة قليلة الثمرة، وأخرى لا منظر لها[2] كثيرة الثمرة، فإذا فرَغ من ذلك، جمعها كلها وقسَّمها على قَدْرِ السهام[3].

قوله: ﴿ وصِفَتُها: أنْ يُكْتَبَ الشُّركَاءُ فِي رِقَاعٍ، وتُجعَلُ في طِينٍ أوْ شَمْعٍ وتُرْمَى كُلُّ بُنْدُقَةٍ[4] في جِهَةٍ ﴾.

الضمير المضاف إليه صفة، راجع إلى القرعة التي دلَّ عليها **قوله: (ثم يقرع)**. ولا يرجع إلى القسمة؛ لأن صفة القسمة قد سبقت، وإن شاء القاسم صنَع كما قال المؤلف، وهو أن يكتب أسماء الشركاء في رقاع، وتُجعل في طين أو شمع، وإن شاء خلط الرقاع في كُمه، ويُخرج أول سهم ثم الثاني ثم الثالث[5].

قوله: ﴿ فإنْ تَشَاحُّوا فِي بِدَايَةِ إحدَى الجِهَتَينِ أُقْرِعَ علَيها أوَّلاً، [وقِيلَ: وتُكتَبُ الجِهَاتُ مِثلُها، ثمَّ يُخْرَجُ مِن كُلِّ واحِدةٍ مِنهُما بُنْدُقَةٌ فَيَأْخُذُ الاسمُ الجِهَةُ] ﴾[6].

---

(1) ينظر: التفريع 2/ 297، والمعونة ص1288، والكافي 1/ 445، 446، والمنتقى 6/ 50، والبيان والتحصيل 12/ 128، 129، وبداية المجتهد 2/ 24، والجواهر الثمينة 2/ 674.

(2) (وأخرى لا منظر لها): سقطت من «ج».

(3) ينظر: المنتقى 6/ 49، والذخيرة 7/ 213.

(4) البُنْدُقُ: ما يتخذ من الطين فييبس ويرمى بها للصيد وغيره. السيل الجرار 4/ 61، لسان العرب 10/ 29، (بندق).

(5) ينظر: التلقين 2/ 458، والمعونة ص1288، والمنتقى 6/ 49، والجواهر الثمينة 2/ 784، والذخيرة 7/ 226.

(6) م ث: ما بين المعقوفين ساقط من التوضيح. الجامع بين الأمهات: [2/ 625]

يعني: أن المذهب اختلف على قولين: هل يقرع القاسم بين الجهتين أيهما يبدأ بها أو لا؟ ولا شك أنهم إن تشاحوا في ذلك أقرع عليهما، وإن لم يتشاحوا عليها فقولان، والأصل ـ وهو مذهب «المدونة» ـ أنه لا يحتاج إليه[1]. والقول الثاني: أنه يحتاج إليه؛ لأنه أرفع لنزاعهم[2]. وأما معنى المشاحة هنا فاختلف في ذلك على قولين[3]:

أحدهما: أن تكون القسمة ـ مثلاً ـ من شرق إلى غرب، فيريد أحدهم أن يبدأ بالجهة الشرقية، ويقول الآخر: بل بالغربية.

والقول الثاني: معنى ذلك أن يقول أحدهما: القسمة من شرق إلى غرب، ويقول الآخر: بل من جنوب إلى شمال. ورأى هذا القائل أن تنازعهما على الوجه الأول لا معنى له، فإذا خرَج للقاسم جهة معينة من شرق أو من غرب، ثم ضرب لهم فخرج أحدهم فأخذ سهمه، فاختلف هل يتم بعد ذلك ويرفع الرقاع، فمن خرجت قرعته أخذها إلى جانب الأول، سواء تشاح الباقون بعد ذلك في أي الجهتين يبدأ بها أم لا؟ وإنما هذا إذا لم يتنازع الباقون، فإن تنازعوا على أي الجهتين يبدأ بها القاسم أقرع بينهما، ويكون الباقون من الشركاء كمن أراد الآن إنشاء قسمة، هكذا حتى لا يبقى إلا شريكان، فيقرع القاسم بينهما، ولا يقرع على الجهة، إذ لا معنى لذلك[4].

قوله: ﴿ وأَصْحَابُ الفَرِيضَةِ الواحِدةِ يُجْعَلُونَ أوَّلاً كَوَاحِدٍ، ثُمَّ يَقتَسِمونَ ثَانِياً ﴾.

يعني: أنه إذا كان الشركاء بعضهم حصل له الملك بالشراء ـ مثلاً ـ وبعضهم حصل له بالميراث، والذي حصل لهم النصيب بالميراث كانوا أهل وراثة واحدة، كما لو كانت الدار بين شريكين، فمات أحدهما وخلَّف ورثة وأرادوا القسمة، فإنه تُقسم الدار على نصفين، إن كانت الدار بين الورثة وبين

(1) ينظر: المدونة 14/ 228.

(2) ينظر: المعونة ص1288، والجواهر الثمينة 2/ 784.

(3) ينظر: المدونة 14/ 528، والمعونة ص1288، والكافي 1/ 446، والمنتقى 6/ 49، والذخيرة 7/ 225.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 784.

شريكهم أنصافاً، فيجمع حظ الورثة إلى جهة، ثم يكون الورثة بعد ذلك بالخيار في القسمة فيما بينهم أو في الشركة[1]، وهذا يلاحظ مما تقدم في الشفعة[2]، أن الشريك الأخص أولى بالشفعة من الشريك الأعم.

قوله: ﴿ ولاَ يُجْمَعُ بَينَ اثنينِ فِي القَسْمِ بالقُرْعَةِ ﴾.

هكذا قال المؤلف[3]، واختلف أصحابه في فهم مراده بذلك، فحمل عليه ابن القاسم أنه لا يُجمع بين اثنين فأكثر في نصيب ولو تراضوا بذلك[4]. غير أنه قال في زوجة وبنين: أن الزوجة تأخذ في جهة، والبنون في الجهة الباقية، وأن الزوجة لا تكون في الوسط[5]. واستثنى هذه الصورة من عموم المسألة، وقال أكثر أصحاب مالك: هذا الذي حمل عليه ابن القاسم إنما يكون مع استواء الأنصباء، وإن اختلفت الأنصباء حتى كان جماعة ورثة لهم الثلث ـ مثلاً ـ ولآخرين الرُّبْع، ولآخرين ما بقي أو غير ذلك من الأجزاء، فإنَّ أصحاب كل جزء من هذه الأجزاء يُجمعون في القسم، ثم يكون أصحاب ذلك الجزء شركاء، يقسمون ما خرج لهم إن شاءوا، أو يتركونه على حكم شركة غيرهم[6].

قوله: ﴿ بِخِلافِ مَا لَوْ قَاسَمَ شَرِيكَانِ ثَالِثاً: هذَا بَيعٌ ﴾.

هذه المخالفة بينة؛ لأن الذي تقدم إنما هو في قسمة القرعة، وهذه قسمة مراضاة. **وقوله: (هذا بيع)**. بيان لسبب المخالفة، فإن المعاوضة بين المتبايعين تجوز برضاهما على أي وجه كان، ما لم يعرض فيها مانع من موانع البيع، وذلك مفقود من هذا الموضع. وفي كلام المؤلف إشارة إلى

---

(1) ينظر: التفريع 2/ 298، والتلقين 2/ 459، والمعونة ص1291، والكافي 1/ 446، والجواهر الثمينة 2/ 784، والذخيرة 7/ 226.

(2) ينظر: ص393.

(3) ينظر: المدونة 14/ 463، والمنتقى 6/ 54، والبيان والتحصيل 12/ 111، والمقدمات 3/ 92، والذخيرة 7/ 197.

(4) ينظر: المدونة 14/ 463، والبيان والتحصيل 12/ 112، والذخيرة 7/ 227.

(5) ينظر: المدونة 14/ 523، والنوادر والزيادات 7/ 225، والبيان والتحصيل 12/ 115، والمنتقى 6/ 50، والذخيرة 7/ 225.

(6) ينظر: التفريع 2/ 298، والمنتقى 6/ 50، والبيان والتحصيل 12/ 112، والذخيرة 7/ 225.

اختياره ظاهر المذهب، أن قسمة القرعة ليست ببيع، وأن قسمة المراضاة بيع، وفي كل واحد منهما قولان، وقد قدمنا ذلك[1].

قوله: ﴿ القَاسِمُ: الاثنَانِ أوْلَى مِنْ الوَاحِدِ، ولاَ يُقبَلُ قوْلُهُمَا بَعدَ العَزْلِ ﴾.

يعني: أنه يجزي القاسم الواحد؛ ولكن الأولى اثنان؛ لتردد أمر القاسم بين الحكم والشهادة[2]، وقد غلَّبوا على هذا الموضع شبه الحاكم، فلذلك قالوا: لا يُقبل قولهما بعد العزل؛ أي: بعد عزل القاضي الذي بعثهما، وإلى هذا المعنى يرجع كلام الشيخ أبي إسحاق بن شعبان[3]، وظاهر كلام المؤلف أنه يُقبل قولهما قبل العزل ـ وهو قول ابن حبيب ـ وإن كان واحداً، خلافاً لقول سحنون. قال ابن حبيب: «وإذا قُسم بين ورثة بأمر القاضي، ثم أنفذ ذلك القاضي[4] وأشهد به، ثم اختلفوا ونزَع بعضهم، أو تجاوز إلى حق صاحبه ولم تحفظ البينة ذلك، واحتاجوا إلى شهادة القاسم[5]، فإن كان هذا الحكم هو أمره بذلك، فشهادته وجه في ذلك جائزة، إذا كان الحاكم يعلم ويذكر الآن أنه أمره بذلك يومئذ، فليمض اليوم شهادته وحده على ما وصف، وقاله ابن الماجشون، وكذلك كل ما لا يباشره القاضي من الفعل والقسم والأحلاف والكتاب والنَّظر إلى العيب وشبهه، فمأمون مقبول القول فيه عنده؛ لأن فعلُه في ذلك كفعلِهِ، كانوا مرتزقين أو غير مرتزقين»[6]. قال ابن حبيب: «وإن لم يكن هذا الحاكم هو الذي أمر القاسم»[7]. فذكر مثل كلام المؤلف. قال سحنون: «وإذا شهد قاسمان على ما قسماه بأمر القاضي أو بغير أمره، بأن كل إنسان ممَّن قسما بينهم قد استوفى نصيبه، فلا تجوز شهادتهما؛ لأنهما شهدا على فعل أنفسهما»[8]. فظاهر هذا أنه لا فرق بين القاضي الذي بعثهما ولا بين غيره.

---

(1) ينظر ص427، 430.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 781، والذخيرة 7/ 233، والتاج والإكليل 5/ 336.

(3) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 781، والذخيرة 7/ 188، والتاج والإكليل 5/ 336.

(4) (ثم أنفذ ذلك القاضي): سقط من «خ».

(5) في «ق»: (الحاكم).

(6) النوادر والزيادات 11/ 257، والمنتقى 6/ 51.

(7) نفس المصدر والصفحة.

(8) نفس المصدر والصفحة.

قوله: ﴿ ولهُ الأجْرُ ـ إنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أُجْرَةٌ مِن بَيتِ المَال ـ مِن المَقْسُومِ لَهُمْ علَى عدَدِهِمْ، وقَالَ أَشْهَبُ: عَلَى حِصَصِهِمْ ﴾.

ظاهر كلامه أن الأُجرة مباحة على القسمة بالشرط الذي ذكره، وهو أن لا تكون له أُجرة من بيت المال، وظاهر «المدونة» وغيرهما أن ذلك مكروه[1]، والقول بالإباحة معروف على الوجه الذي ذكره المؤلف، وهو القياس[2]، وينبغي أن يُتأمل ما ذكره المؤلف من الشرط[3]. ومعناه عندي: أن يكون الذي جُعل له من بيت المال عوضاً عن عمله، وأما إن كان جُعل له ذلك على وجه الإعانة خاصة، فلا يحرم عليه الأخذ من الناس، غير أنه لا تبعد الكراهة، ثم كون الأجرة بعد ذلك على عددهم أو على الحصص فيه تردد[4]، والقول الأول هو مذهب «المدونة»[5]، وأكثر عمل الناس على القول الثاني.

قوله: ﴿ المَقْسُومُ: هوَ المُشتَرَكُ عَقَاراً أوْ غَيرُه ﴾.

هذا صحيح؛ إلا أن فيه إشكالاً، وذلك أن المؤلف قدَّم أن المقصود من هذا الكتاب هو النوع الثالث من أنواع القسمة، وهي قسمة القرعة، وقسمة القرعة لا تدخل في متشابه الأجزاء من المكيل والموزون كالدنانير والدراهم والطعام وشبهها، وهما من غير العقار[6].

قوله: ﴿ ويُقْسَمُ كُلُّ صِنْفٍ مُفْرداً ﴾.

يعني: أنه لا يُجمع جنسان ولا نوعان متباعدان في قسمة القرعة[7]،

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 518، والنوادر والزيادات 11/ 226، والبيان والتحصيل 12/ 109، والذخيرة 7/ 176.

(2) ينظر: الكافي 1/ 250، والجواهر الثمينة 2/ 782، والذخيرة 7/ 187، والتاج والإكليل 5/ 336.

(3) في «خ»: (الشروط).

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 256، والتفريع 2/ 298، والتلقين 2/ 459، والمعونة ص1290، والمنتقى 6/ 51، والبيان والتحصيل 8/ 202، والجواهر الثمينة 2/ 782، والذخيرة 7/ 187، 188.

(5) ينظر: المدونة 14/ 518.

(6) ينظر: الكافي 1/ 445.

(7) ينظر: المقدمات 3/ 198، وبداية المجتهد 2/ 224.

وحكى ابن عبدوس عن أشهب جوازه برضاهم[1]، والذي حكى غيره عنه: أنه موافق على هذا الأصل، غير أنه يخالف ابن القاسم في مسائل، خلافاً في حال، مثل ما وقع لابن القاسم في «المدونة» في مسألة النخلة والزيتونة بين رجلين، قيل له: هل يقسمانهما؟ قال: إن اعتدلتا في القسم وتراضيا بذلك قسمتا بينهما، يأخذ هذا واحدة وهذا واحدة، وإن كرِها لم يُجبرا، وإن لم تعتدلا في القسمة تقاوماهما أو باعاهما، مثل ما لا ينقسم من شجرة أو ثوب أو عبد أو غيره[2]. فقال سحنون: «ترك ابن القاسم قوله: لا يُجمع صِنفان مختلفان في القسم بالسهم»[3]. وقد كثر كلام الشيوخ على هذه المسألة، وسلكوا في الجواب عن اعتراض سحنون طرقاً، حتى قال بعضهم: إنها قسمة مراضاة[4]. وهو بعيد؛ لشرطه الاعتدال، وهو غير مشترط في قسمة المراضاة، وقيل: إنما قال ذلك للضرورة فيما قَلَّ، كما أن الأرض الواحدة تقسم وفيها الرديء والكريم، ولو كانت أرض مفترقة لم يجُز، ولو كثرت ثمار الزيتون والنخل لم يجُز بيعها، إلى غير ذلك من أجوبتهم، ومثل هذه المسألة مما جرت عادة المؤلف بالتنبيه عليها.

قوله: ﴿وتُجْمَعُ الدُّورُ المُتقَارِبَةُ المَكَانِ، المُستَويةِ نَفَاقاً ورَغْبَةً، مَهمَا دَعَا إليهِ أَحَدهُم، وكَذَلِكِ لَوْ كَانُوا فِي نَاحِيَتَيْنِ مِن البَلَدِ مُتَساوِيَتينِ﴾.

لا شك أن الدور إذا استوت أو تقاربت في النَّفاق[5] ورغبة الناس فيها، أنها تجمع في القسم، ويكون القول قول من دعا إلى ذلك[6]، وأما إن اختلفت في بعض هذه الوجوه فقال سحنون: «إذا كانت إحدى الدارين قاعة[7] لم تجمعا في القسم، وإن كان بناء إحداهما أجود جمعتا، إذا كانتا في نمط

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 211، والمنتقى 6/ 53، والذخيرة 7/ 190.
(2) ينظر: المدونة 14/ 515.
(3) النوادر والزيادات 11/ 225، المنتقى 6/ 53.
(4) ينظر: المنتقى 6/ 53، والذخيرة 7/ 195.
(5) النفاق؛ أي: المسلك أو المدخل.
(6) ينظر: المدونة 14/ 464، والتفريع 2/ 297، والتلقين 2/ 459، والكافي 1/ 445، والبيان والتحصيل 12/ 122، وبداية المجتهد 2/ 223.
(7) قاعة الدار: ساحتها. لسان العرب 8/ 305، (قوع).

واحد»[1]. ونحوه عن ابن الماجشون: «إذا اشتبهت الدور في بنائها وتقاربت جُمعت»[2]. وقال في «المجموعة» عن أشهب: «إذا كانت داران في نمط واحد جمعتا في القسم وإن كانت بعضها أَعمرَ من بعض، كالأرضين في نمط واحد وبعضها أكرم. وقال سحنون: ليست الدور كالأرضين[3]، وقد تكون الدور في نمط واحد ونفاقها مختلف. قال: ومن داري إلى الجامع نمط واحد، وهو متباين الاختلاف»[4]. قال الباجي: «والنَّمط قد يُستعمل بمعنى التقارب في الصفة، فيقال: هذه الثياب نمطٌ واحدٌ. قال: ويحتمل أن يريد به المحلة الواحدة، والتقارب في المكان»[5]. أما لو كانت الداران في ناحيتين، إحداهما بعيدة من الأولى، إلا أن رغبة الناس فيهما واحدة، فأشار إلى «المدونة»[6] إلى ما ذكره المؤلف هنا، وكذلك نص عليه ابن القاسم في «المجموعة». قال الباجي: «فراعى أشهب تقارب الدور في النَّمط، وراعى سحنون القرب والتساوي في النَّفاق، وراعى ابن القاسم التساوي في النَّفاق خاصة»[7]. قال أشهب عن مالك: إذا تباعد ما بين منزلين، مثل منزلي هذا ومنزل بالثنية[8]، لم يُجمع، بخلاف النخل والحوائط[9]، واختلف في قسمة العُلو والسفل بالقرعة. قال الشيخ أبو الحسن اللخمي: وإذا اختلفت قيمة الدارين، فكان بينهما الشيء اليسير، مثل أن تكون قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعين، فلا بأس أن يقترعا عليهما، على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة، أعطى صاحبه خمسة؛ لأن هذا مما لا بد منه، ولا يتفق غالباً أن تكون قيمة الدارين سواء. قال: وتُجمع الحوانيت بعضها إلى بعض إذا

---

(1) المنتقى 6/ 55.

(2) المنتقى 6/ 55، والنوادر والزيادات 11/ 212.

(3) (في نمط... كالأرضين): سقطت من «ج».

(4) النوادر والزيادات 11/ 210، والمنتقى 6/ 55، والذخيرة 7/ 209.

(5) المنتقى 6/ 55.

(6) ينظر: المدونة 14/ 557.

(7) المنتقى 6/ 56.

(8) الثنية: موضع بالمدينة المنورة. ينظر: معجم البلدان 2/ 82.

(9) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 209، والمنتقى 6/ 56، والبيان والتحصيل 12/ 123.

كانت في سوق واحدة أو سوقين، بشرك تقارب الأغراض، فإن تباينت مما يرى أنه لو علم أحدهما أنه يصير له ذلك لم يرض، فلا يُجمع. قال: ولا تجمع الديار إلى الحوانيت ولا إلى الفنادق ولا إلى الحمامات، وأما جمع الفندق[1] إلى الحمَّام، فيُسأل عنه أهل المعرفة، فإن قالوا: إنه تتفاوت[2] فيها الأغراض لم تجمع؛ وإلا جمعت، ولا تجمع الحوانيت إلى الفنادق، وقد يستخف جمع الحوانيت إلى ديار الغلة[3]. والضمير المجرور بـ(إلى) من **قول المؤلف: (دعا إليه)**. راجع إلى الجمع، والأحسن أن لو قال: وكذلك لو كانت أو كانتا.

قوله: ﴿إلاَّ أَنْ تَكُونَ واحِدَةً مَعْرُوفَةً بِسُكْناهُمْ، فتُفردُ إنْ تشاحُّوا فِيهَا﴾.

استثنى هذه الصورة، وهي أن تكون الدار معروفة بسكناهم، فظاهره بسكنى الشركاء ومراده شركاء الورثة[4]، والمسألة في «المدونة» بألفاظ مضطربة[5]، والأكثر مما لقيناه على ما في كتاب «ابن حبيب»: أن الرجل الشريف إذا هلَك وترك داراً كان يسكنها، وكان لها حرمة لسكناه، وترك دوراً غيرها وإن كانت بالقرب منها، فتشاح الورثة في تلك الدار، فأراد كل واحد أخذ حظه منها، أن تلك الدار تقسم بينهم وحدها إن حملت القسم، ويعمل في غيرها ما ينبغي في القسم[6]، وتركنا ما في «المدونة» وكلام الشيوخ عليه؛ لإعراض المؤلف عنه.

قوله: ﴿وكَذَلِكَ القُرَى والحَوَائِطُ والأَقرِحَةُ، يُجمَعُ مَا تَقَارَبَ مَكَانُهُ كالمِيلِ ونَحوِهِ، وتَسَاوَى فِي كَرْمِهِ وعيونِهِ، بِخِلافِ اليَومِ﴾.

«الأقرحة: جمع قَراح؛ أي: بفتح القاف، وهي المزرعة التي ليس عليها

---

(1) الفندق: هو الخان أو ما يسكنه الناس مما يكون في الطرق والمدائن. لسان العرب 1/ 313، (فندق).

(2) في «خ»: (تتقارب). وهو خطأ.

(3) ينظر: الكافي 1/ 446، والذخيرة 7/ 211، والتاج والإكليل 5/ 336. وديار الغلة: المكان الذي يجمع فيه الطعام.

(4) (ومراده شركاء الورثة): سقطت من «ج».

(5) ينظر: المدونة 14/ 527.

(6) ينظر: التاج والإكليل 5/ 385.

بناء، ولا فيها شجر». قاله الجوهري[1]. واستعمل الفقهاء في المفرد: قريحاً. قال عياض: ولا يبعد صوابه إن كان سمع كقفيز[2] وأقفزة، وبعير وأبعرة. قال عن الخليل[3]: القراح من الأرض: كل قطعة على حيالها من منابت النخل وغير ذلك. وقال ابن دريد[4]: القراح من الأرض ما خلص طيبه.

قلت: والذي قاله الجوهري هو القريب لاستعمال الفقهاء، ولا يريد المؤلف أن هذه الأنواع التي ذكرناها من قرى[5] وحوائط وأقرحة تُجمع في القسم؛ ولكن كل نوع من هذه يجمع، والقول فيها قريب من الكلام في الدور، ولذلك شبَّه المؤلف إحدى المسألتين بالأخرى، وقد تقدم كلام سحنون وتفرقته بين المسألتين[6]. قال بعض الشيوخ: ولا خلاف أنه لا يُجمع النَّضح[7] مع البعْل[8] ولا مع السَّيْح[9]. وقال في «المدونة»: «إذا استوت

---

(1) الصحاح 1/ 396، (قرح).

(2) القَفِيزُ: مقدار من مساحة الأرض. ينظر: لسان العرب 5/ 396، (قَزَزَ)، والصحاح 2/ 888، (قفز).

(3) هو الخليل بن أحمد الفراهيدي البصري، صاحب «معجم العين»، وواضع علم العروض، أخذ عنه سيبويه وهارون بن موسى النحوي والأصمعي وآخرون، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (160هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 7/ 429.

(4) هو شيخ الأدب أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي البصري، صاحب كتاب «الجمهرة في اللغة»، تنقل في فارس وجزائر البحر يطلب الأدب ولسان العرب ثم سكن بغداد، أخذ عنه أبو سعيد السيرافي وأبو الفرج الأصبهاني وأبو عبيد المرزباني وغيرهم، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (321هـ). ينظر: سير أعلام النبلاء 15/ 96.

(5) القرى: جمع قرية وهي المساكن والأبنية والضياع. لسان العرب 15/ 177.

(6) ينظر ص433، 434.

(7) النَّضْح: هو سقي الزرع وغيره بآلة ونحوها. ينظر: لسان العرب 2/ 619، (نضح).

(8) البَعْلُ: الأرض المرتفعة التي لا يصيبها مطر إلَّا مرَّة واحدة في السنة. وقال الجوهري: لا يصيبها سَيْح ولا سَيْل، وقيل: البَعْل كل شجر أو زرع لا يُسْقى. والبَعْلُ من النخل: ما شرب بعروقه من غير سَقْي ولا ماء سماء. لسان العرب 11/ 57، (بعل).

(9) ينظر: الاستذكار 22/ 243، والكافي 1/ 245، والبيان والتحصيل 11/ 143، والذخيرة 7/ 211. والسَّيْحُ: هو الماء الجاري المنبسط على وجه الأرض. لسان العرب 2/ 462، (سيح).

العيون في سقيها الأرض جمعت، وإن اختلفت في سقيها الأرض وغزرها قسمت كل أرض وعيونها على حده»[1]. وفهم الشيخ اللخمي منه ما يُشبه هذا الذي ذكرناه عن بعض الشيوخ، وذكر أنه في رواية ابن وهب: يقسم البعْل مع العيون إذا كان مشتبهاً في الفضل[2]. وقال ابن مسلمة: «يُقسم البعْل مع العيون، ولا يُقسم البعْل مع النضح إلا برضى أهله»[3]. قال اللخمي: «ولا وجه لهذا؛ بل البعل مع النضح أقرب من البعْل مع العين»[4]. وأما الحوائط فاختلافها بحسب القُرب والبعد شبيه بما تقدم في الأقرحة والدور، والبعْل منها[5] جنس واحد، ونص مالك على أن الجنس الواحد من النخل يُجمع وإن كان بعضه صيحاني[6] وبعضه جُعْرور[7][8]. واستحسن بعض الشيوخ على أنه إذا كان في كل نوع من محتمل للقسم أن يقسم كل نوع على حده[9]، وأما إذا اختلفت الأجناس، فقال ابن القاسم في جَنَّة فيها تفاح ورمان وخوخ وأترج[10] وغيرها من الفواكه مختلطة: «يجمع ذلك كله في القسم بالقيمة والسهم. قال سحنون: هذا استحسان للمرفق باجتماع السهم. قال: وأنا أكرهه»[11]. هذا ما حكاه الباجي عن سحنون[12]. وظاهر ما حكى عنه ابن يونس: أنه لا يقسم إلا بالتراضي. قال ابن القاسم: «وإن كان كل شيء من ذلك على حِده يحتمل القسم، قُسِّم كل جنان على حِده، واختلف في الطيب مع

---

(1) المدونة 14/ 474.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 212، والمنتقى 6/ 53، والذخيرة 7/ 211.

(3) الذخيرة 7/ 211.

(4) ينظر نفس المصدر والصفحة.

(5) في «خ»: (مثلها).

(6) الصيحاني: ضرب من تمر المدينة المنورة، قال الأزهري: أسود صلب الممضغة. ينظر: لسان العرب 2/ 522، (صوح).

(7) الجعرور: ضرب من التمر صغار لا ينتفع به. لسان العرب 4/ 141، (جعر).

(8) ينظر: المدونة 14/ 465، والمنتقى 6/ 54، والبيان والتحصيل 12/ 124.

(9) ينظر: المنتقى 6/ 54.

(10) الأترج: نوع من الفاكهة.

(11) المدونة 14/ 365، والنوادر والزيادات 11/ 212، والمنتقى 6/ 54.

(12) (هذا استحسان... عن سحنون): سقطت من «ج».

الرديء من نوع واحد في الحوائط والأقرحة، فظاهر «المدونة» أنه يجمع»[1].
وظاهر «المجموعة» أنه يُقسم كل نوع على حده، قال في «المدونة»: «وإن ورثوا قرية على أجزاء مختلفة، ولها ماء ومجرى ماء، ورثوا ماءها وأرضها وشجرها وشربها، قُسِّمت الأرض بينهم عند مالك على قَدْر مواريثهم منها، ولا يقسم مجرى الماء، ويكون لهم من الماء على قَدْر مواريثهم منه»[2].

فإن قلت: كيف يُضبط **قول المؤلف: (وعيونه)**. بالباء[3]، رعياً لمطابقة **قوله: (وكرمه)**. أو بالنون؛ رعياً لكثرة الفائدة، فإنه يشعر بأن البعل لا يجمع مع غيره، فإنه إذا شرط التساوي في ذوات العيون، كان هذا الشرط لا محالة معدوماً في البعل مع غيره.

قلت: المعنيان سائغان؛ ولكن الثاني منهما أقرب إلى لفظ الرواية، فالأَوْلَى حمل كلام المؤلف عليه.

قوله: ﴿ ولوْ كَانَ كُلُّ صِنفٍ مِن رمَّانٍ وتُفَّاحٍ وغَيرِهِ علَى حِدَةٍ، قُسِمَ إِنْ انقَسَمَ، بِخِلافِ حَائِطٍ فيهِ أَشْجَارٌ مُخْتَلِفَةٌ أَوْ نَخْلٌ مُخْتَلِفَةٌ، فإِنَّهُ يُقْسِمُ مُجْتَمِعاً، وَكَذَلِكَ أَرضٌ فِيهَا شَجَرٌ مُتَفَرِّقَةٌ ﴾.

هذا ظاهر التصور، وهو المشهور في المذهب[4]، وقد تقدم الآن قول سحنون[5] على ما حكاه عنه الباجي وابن يونس، وهو مما يليق ذكره في هذا الموضع. وقد قال في «المدونة» في الأرض التي بها أشجار متفرقة، هاهنا شجرة وهاهنا شجرة، وأرادوا قسمتها، فليقسموا الأرض[6] والشجر جميعاً؛ إذ لو قسَموا الأرض على حِدَه والشجر على حِدَة صار لكل واحد شجرة في أرض صاحبه[7]. فبيَّن أن الأصل ما قاله سحنون؛ ولكن تُرِك للضرورة، وهو كالنص فيما حكاه الباجي عن سحنون.

---

(1) المدونة 14/ 465.
(2) المدونة 14/ 468.
(3) في «ق»: (بالياء).
(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 212.
(5) (قول سحنون): سقطت من «ج».
(6) (التي بها أشجار... فليقسموا الأرض): سقطت من «خ».
(7) ينظر: المدونة 14/ 489.

قوله: ﴿ولاَ يُقْسَمُ مَجَرَى المَاءِ جَبْراً﴾.

قد قدَّمنا فوق هذا ما حكيناه عن «المدونة» في القرية التي ورثها قوم ولها ماء ومجرى ماء[1]، وذلك هو الذي اختصره المؤلف هنا، ومعنى كلامه ظاهر مما قدَّمناه.

قوله: ﴿والبَزُّ كُلُّهُ صِنْفٌ، وتُضَمُّ إِليهِ ثِيَابُ الصُّوفِ والأَفْرِيَةِ إِذَا لَمْ تَحْمِلِ القِسْمَةَ، وقِيلَ: أَصْنَافٌ، فَالقُطْنُ والكَتَّانُ صِنْفٌ، والحَرِيرُ والخَزُّ صِنفٌ، والصُّوفُ والمِرْعزِيُّ[2] صِنْفٌ، ويُقْسَمُ المَخِيطِ مَعَ غَيرِهِ﴾.

«البَزُّ من الثياب: متاع البزَّاز». قاله الجوهري[3]. قال القاضي عياض: وقال صاحب العين: «هو ضرب من الثياب»[4]. وقال ابن دُريد: «البَزُّ إنما هو متاع البيت خاصة من الثياب»[5].

والقول الأول ـ من القولين اللذين ذكرهما المؤلف ـ هو مذهب «المدونة»، وزاد على ما ذكره المؤلف: أنه يُجمع الخَزُّ والحرير[6]. إلا أنه أطلق في موضع منها الكلام في جمع[7] هذه الأنواع، وقال في موضع آخر بعد أن ذكر مثل هذا: وهذا إذا لم يكن في كل صِنف من ذلك ما يحمله القسم في انفراده، وأما إن كان في كل صِنف من ذلك ما يحمل القسم بانفراده، قسم كل صِنف على حِدَه[8]. وقال ابن القاسم أيضاً في البُسط والوسائد: لا تجمع مع الثياب[9].

والقول الثاني ـ من القولين اللذين ذكرهما المؤلف ـ هو مذهب ابن

---

(1) ينظر ص436 ـ 438.
(2) المِرْعِزَّى: صفة عنى به اللَّيِّنَ من الصوف. حكى الأزهري: المِرْعِزَّى كالصوف يخلص من بين شعر العَنْز. لسان العرب 5/ 355، (رعز).
(3) الصحاح 2/ 862، (بزز).
(4) العين 7/ 353، (بز).
(5) الجمهرة 10/ 29، (ب ز ر).
(6) ينظر: المدونة 14/ 490.
(7) في «ج»: (جميع).
(8) ينظر: المدونة 14/ 473.
(9) ينظر: المدونة 14/ 473، 474، والجواهر الثمينة 2/ 790.

حبيب، إلا أنه زاد: «أن الدِّيباج[1] صِنف لا يضم إلى الحرير والخَزِّ. قال: وفراء[2] الخرفان صِنفٌ لا تضم إلى فراء القلنيات[3]؛ لبعد اختلافهما، ولا تضم فراء معمولة إلى فراء غير معمولة»[4]. وقال أشهب في «المجموعة»: كل ما يجوز أن يُسلم واحد في اثنين إلى أجل فلا يضم في القسم، وما لا يجوز ذلك فيه فهو صِنف يُجمع في القسم. قال: ولو جمع ما يقع عليه اسم بز، لجمع ما يقع عليه اسم دابة، فيقسم الرقيق مع الدواب، وهذا هو الصحيح عند سحنون[5].

قلت: وهو الأظهر عندي، والذي وقع في «المدونة» مقيداً على الوجه الذي حكيناه أيضاً حسن، وقد قيل: إنه لا يجوز جمع الثياب ولا غيرها من العروض والعبيد في القسمة بالقرعة، إلا الدور والأرضين[6]. وأما **قول المؤلف: (ويقسم المخيط مع غيره)**. فهو ظاهر الروايات، ونص في بعضها، إلا ما حكيناه عن ابن حبيب الآن في الفراء.

قوله: ﴿ والخَيلُ والبِغَالُ والحَمِيرُ أَصْنَافٌ ﴾.

وقال في «المدونة»: «تجمع البراذين[7] مع الخيل»[8]. وعلى أصل اشهب لا تُجمع، وخرَّج أيضاً لابن القاسم من منْعِه سلَم الحمير في البغال[9]، منع الجمع هنا، فأمَّا ما يتعلق بالمعاوضة في ذلك، فقد قدمناه في

---

(1) الديباج ضرْب من الثياب، وتجمع على دبابيج. ينظر: لسان العرب 2/ 262، (دبج).

(2) الفِرَاء: جمع فرو، وهو نوع من اللباس يكون عليه وبر أو صوف. ينظر: لسان العرب 15/ 151، (فرا).

(3) القلنيات: لم يتبين لي معناها في معاجم اللغة، والظاهر أنها نوع من الحيوانات. ينظر: التمهيد 4/ 183.

(4) المنتقى 6/ 57.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 229، والمنتقى 6/ 57، والمقدمات 3/ 96، وبداية المجتهد 2/ 202، والذخيرة 7/ 223.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 229، والمنتقى 6/ 57.

(7) البراذين من الخيل: ما كان من غير نتاج العرب. لسان العرب 13/ 51، (برذن).

(8) المدونة 14/ 490.

(9) ينظر: المدونة 9/ 2، والمنتقى 6/ 57.

محلِّه من السَّلم، وأما التخريج فضعيف؛ لافتراق البابين عنده، ألا ترى أنه يُجمع هنا في القسمة ما لم يمنع من سلَم بعضه في بعض عنده. وأما العبيد فقال ابن القاسم: يُجمعون وإن كان فيها الصغير والكبير والهرم والجارية الفارهة[1]. وقال محمد: يُقسم النِّساء المتشابهات بعضهن ببعض بانفرادهن، والوصفاء كذلك[2]. وكذلك التخريج على ما تقدم[3] لابن القاسم وأشهب في الثياب.

قوله: ﴿ولاَ يُقْسَمُ التَّمْرُ مَعَ أُصُولِهِ ـ ولوْ كانَ بَلَحاً أوْ طَلْعاً ـ ويُتْرَكُ حتَّى يَحِلَّ بَيعُهُ، وكذَلِكَ الزَّرْعُ مَعَ الأَرْضِ؛ لأنَّهُ طَعَامٌ وأَرْضٌ، بِطَعَامٍ وأَرضٍ﴾.

يعني: أن النَّخل إذا كان ما فيها طلْعاً فما فوقه، لم يجُز قسم أصول النَّخل على أن يدخل في القسمة ما في تلك النخل من تمر، وعلى أن يترك ذلك التمر حتى يحل بيعه[4]، وكذلك الزرع مع أرضه[5] لا تجوز قسمته على هذا الوجه للعلة التي ذكرها، وهي الرِّبا في بيع أرض وطعام بأرض وطعام، وكذلك النخل بثمرها، غير أن الطَّلع[6] سابق على الإِبَّار[7]، فحكمه حكم المعدوم، فكان ينبغي أن يجوز، وإنما يمتنع إذا قسمت النخل دونه؛ لأنه استثناء لِمَا لم يُؤَبَّر، وهو ممتنع على أصل المذهب[8]. وحكى بعض الشيوخ قولاً بجواز المقاسمة في هذا كله على أي وجه اتفق فيها، إذا كانت الثمرة لم تبلغ إلى أن يحرم[9] فيها التفاضل كالبلح الكبير، وخَرَّج فيها خلافاً بالجواز

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 490، والمنتقى 6/ 57.

(2) ينظر: التاج والإكليل 9/ 375.

(3) ينظر ص439، 440.

(4) (وكذلك الزرع مع الأرض... حتى يحل بيعه): سقطت من «ج».

(5) ينظر: المدونة 14/ 466.

(6) الطلع: بسكون اللام، غلاف العنقود، وقد اطلعت النخلة إذا برز طلعها. ينظر: المطلع 1/ 141، وتحرير ألفاظ التنبيه 1/ 196.

(7) الإِبَّار: هو تلقيح النخل وإصلاحه، يقال: تأبر الفسيل إذا قبَل الإِبَّار. ينظر: لسان العرب 4/ 3، (أبر).

(8) ينظر: المنتقى 6/ 58، وبداية المجتهد 2/ 224.

(9) في «ج»: (يجري).

ولو أزهت الثمرة إذا أدخلت في المقاسمة والزهو[1]، وعلى هذا المعنى يُسلك في قسمة الأرض بزرعها، وقد علمت أن المشهور في إبَّان الزرع ظهوره، فتجري في استثنائه وفي عدم استثنائه على ما تقدم.

قوله: ﴿ ويُقْسَمُ كَيلاً ﴾.

معناه: أن الثمرة إذا كانت ممَّا يجوز للبائع استثناؤها، صح أن يستثنيها الشريكان في المقاسمة، وتبقى شركة بينهما، حتى إذا طابت جَدَّاها وقَسَماها كيلاً[2].

قوله: ﴿ ولاَ يُقْسَمُ شَيءٌ ممَّا فِي رُؤوسِ الشَّجَرِ بِالخَرْصِ علَى المَنصُوصِ، وكذَلِكَ البَقْلُ القَائِمُ، إلاَّ التَّمْرَ والعِنَبَ إِذَا حَلَّ بَيعهمَا واخْتَلَفَتْ حَاجَةُ أَهْلِهِما، فَإِنَّ أَمْرَ النَّاسِ مَضَى علَى الخَرْصِ فِيهِما خَاصَّةً ﴾.

كلامه هذه صريح في أن الخلاف في قسم ما في رؤوس الشجر ليس بمنصوص، وإنما هو عنده مُخرَّج، وليس الأمر كذلك. وقد ذكر ابن القاسم في «المدونة»: «أن بعض أصحابه ذكر أن مالكاً أرخص في قسم الفواكه بالخرص[3]، فسألته عنه، فقال: لا أرى ذلك. ثم سألته عنه غير مرة، فأبى أن يُرخص فيه»[4]. وقال أشهب عن مالك في «العتبية» و«المجموعة»: «لا بأس بقسم جميع الثمار بالخرص من نخلٍ وعنبٍ وتيْنٍ وغير ذلك، إن وجدوا من يُحسن ذلك، وطاب وحلَّ بيعه، واختلفت حاجتهم إليه»[5]. وقال مثله ابن حبيب عن مالك وأصحابه؛ إلا ابن القاسم[6]. وأما **قول المؤلف: (وكذلك البقل[7]**

---

(1) ينظر: الذخيرة 7/ 219.

(2) ينظر: المدونة 14/ 466، والتمهيد 6/ 465، والكافي 1/ 449، والمنتقى 6/ 56، وبداية المجتهد 2/ 225، والذخيرة 7/ 215.

(3) الخرص: تثمين الثمار وتقدير نتاجها.

(4) المدونة 14/ 466.

(5) النوادر والزيادات 11/ 232، والتمهيد 6/ 467، والمنتقى 6/ 58، 59، والبيان والتحصيل 12/ 219.

(6) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 232، والتمهيد 6/ 466، والكافي 1/ 449، والذخيرة 7/ 218.

(7) البقل: البقل كل نبات اخضرت به الأرض، وقيل: هو كل ما لا ينبت أصله وفرعه =

القائم). فيعني به: أنه مثل ما في رؤوس الشجر. فالخلاف فيه مُخرَّج غير منصوص، وليس كذلك أيضاً، بل الخلاف فيه منصوص. قال ابن القاسم: لا يعجبني إذا اختلفت حاجتهم إليه؛ لأن مالكاً لم يُجز الخرص فيما يجوز فيه التفاضل مثل التفاح وغيره[1]. وقال أشهب في «مدونته»: يُقسم إذا بدَا صلاحه وجاز بيعه. قال: ليس مثل الزرع؛ لأن الزرع يدخله التفاضل، ولا يُحَاط به كما يُحاط بخرص الثمار، ويجوز البقل اثنان بواحد[2]. ثم اختلف متقدمو الشيوخ في فهم كلام ابن القاسم في البقل، فحمله سحنون على المنع جملة[3]، وأنكر ذلك ابن عبدوس وقال: إنما منعه إذا كانت القسمة على التأخير، وأما على الجَدِّ، فيجوز. قال: وهو قول أشهب[4]. وتؤول أيضاً على «المدونة» من موضع آخر، وقد قلنا الآن عن أشهب في مدونته أنه أجاز ذلك من غير شرط الجَدِّ، وأما التمر والعنب فأجازه في «المدونة»[5] كما قاله المؤلف، وذكر شرطين:

أحدهما: أن يحِل بيعه، ولم يذكر المؤلف فيه خلافاً. وقال أشهب في «المجموعة»: «لهم قسم البلح الكبير على الخرص وإن لم يَجدَّ أحدهما إلا بعد يوم أو يومين أو ثلاثة أو أكثر، ما لم يَزهُ فينتقض القسم؛ لأنه بيع التمر قبل أن يزهى»[6].

والشرط الثاني: أن تختلف حاجة الشريكين إلى التمر[7]، كما لو أراد أحدهما البيع، وأراد الآخر الكل أو التيبيس؛ لأن ذلك هو الحامل على الترخيص[8] لهم في الحقيقة، ولو اتفقت الأغراض لَمَا كان للقسم على رؤوس الأشجار فائدة. وقال ابن القاسم في قوم ورثوا بلحاً كبيراً أو اشتروه،

= في الشتاء. التعاريف 1/ 140.

(1) ينظر: المدونة 14/ 467، والتمهيد 6/ 466، والمنتقى 6/ 59، والذخيرة 7/ 219.

(2) ينظر: المنتقى 6/ 60، والذخيرة 7/ 218.

(3) ينظر: الذخيرة 7/ 219.

(4) ينظر: المنتقى 6/ 60، والذخيرة 7/ 216.

(5) ينظر: المدونة 14/ 446.

(6) المنتقى 6/ 58.

(7) (قبل أن يزهى... إلى التمر): سقطت من «خ».

(8) في «ج»: (التخريص).

فأرادوا قسمته في رؤوس النخل[1]، فإن اختلفت حاجتهم إليه، أراد أحدهم أكله بلحاً، وأراد الآخر بيعه بلحاً، فلا بأس أن يقسموه بالخرص؛ لأن مالكاً جعله كالبُسْر[2] والرطب في تحريم التفاضل فيه. قال: فكذلك ينبغي أن يكون البلح بينهما[3]. قال ابن عبدوس: «ولم ير سحنون هذا اختلاف حاجة إذا كان أمرهم يرجع إلى الجَد؛ لأن الذي يأكل يجُد، والذي يبيع إنما يبيع على الجَدِّ ولا يتركه؛ لأن تركه يبطل القسمة»[4]. قال الباجي: وفي هذا نظر؛ لأن الجَدَّ يختلف في التأجيل والتعجيل[5].

وزِيد شرط ثالث: أن يكون المقسوم يسيراً؛ لأن مالكاً كرهه في الكثير جداً، ورأى أنه لا تختلف الحاجة إليه إلا في اليسير[6]، فعلى هذا، يرجع هذا الشرط إلى الذي قبله.

قالوا **وشرط رابع**: أن يكون المقسوم كله بُسراً أو رطباً، فلو كان منه بُسر ومنه رطب، لقسم كل واحد منهما على انفراده، ونص على ذلك أشهب[7]. ولا يضر اختلاف النوع، فيجوز قسمته وفيه العجوة[8] والصيحاني وغير ذلك، وكذلك العنب الأحمر والأسود؛ إلا أن يأبى أحدهم، فيقسم كل نوع على انفراده[9]. وقد تقدم في كتاب الزكاة السبب الذي لأجله لم يدخل الخرص عند أهل المذهب فيما عَدى التمر والعنب[10].

---

(1) في «ج»: (الشجر).

(2) البُسْر أوله طلع ثم خلال ثم بلح ثم بسر ثم رطب ثم تمر. الصحاح 2/ 589، (بسر).

(3) ينظر: المدونة 14/ 469، والتمهيد 6/ 467، والمنتقى 6/ 58.

(4) المنتقى 6/ 58، والذخيرة 7/ 217.

(5) ينظر: المنتقى 6/ 58.

(6) نفس المصدر والصفحة.

(7) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 232، والمنتقى 6/ 58.

(8) العجوة: ضرب من أجود التمر بالمدينة المنورة، ونخلتها تسمى لينة، والصيحاني نوع منه. ينظر: الصحاح 6/ 2419، (عجا)، وتهذيب اللغة 2/ 84، (عجا).

(9) ينظر: المنتقى 6/ 58، والبيان والتحصيل 12/ 119.

(10) اقتصر الخرص على ثمار النخل والعنب؛ لأن التمر يؤكل رطباً وعنباً، فيخرص على أهله للتوسعة عليهم. ينظر: الموطأ 1/ 271.

قوله: ﴿ ويَسْقِي صَاحِبُ الأَصلِ وإِنْ كَانَتْ الثَّمَرةُ لِغَيْرِهِ كَبَائِعِ الثَّمَرَةِ ﴾.

يعني: أن الشريكين في الثمرة دون الأصل لا يكون السقي عليهما، وإنما يكون على صاحبي الأصل، وذلك أن يكونا ـ مثلاً ـ اقتسما الأصول دون الثمرة، وبقيت الثمرة شركة بينهما، فإذا اقتسما الثمرة، فقد يقع سهم أحدهما من الثمرة في أصل الآخر، فقال ابن القاسم: سقي الثمرة على مالك الأصل، لا على مالك الثمرة[1]. يريد: لأن القسمة كالبيع. وقال سحنون: «بل السقي على من له الثمرة، بخلاف البيع. قال: لأن القسمة تمييز حق، ولو كان كالبيع لم يكن على صاحب الأصل إلا أن يسقي نصف ما في أصله ونصف ما في نخل صاحبه؛ لأن الثمرة قد تختلف في الخرص، فتعدل ثمرة نخلة ثمر نخلات، فيختلف السقي، والخرص سواء، ولأن الجائحة[2] في البيع دون القسمة»[3]. قال مالك وسحنون: وأما من باع أصل حائطه دون الثمرة فالسقي على البائع؛ لأن المبتاع لا يسلَّم إليه حتى يجدُ البائع ثمرته[4]. وقال المغيرة: «السقي على مشتري الأصل؛ لأنه يسقي نخله فتشرب ثمرة هذا»[5].

قوله: ﴿ ويُقْسَمُ أيْضاً البَلَحُ الكَبِيرُ ـ وإِنْ كَانَ رِبَوِيّاً ـ عِنْدَ اخْتِلافِ حَاجَتِهِمْ فِي أَكلِهِ بَلَحاً وبَيعِهِ بَلَحاً، فإِنْ تُرِكَ شَيءٌ مِنهُ حتَّى يُزْهِيَ بَطَلَتْ القِسْمَةُ، بِخِلافِ الرُّطَبِ يُتْرَكُ حتَّى يُتمر ﴾.

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 425، والنوادر والزيادات 11/ 236.

(2) الجائحة: الشدّة والنازلة العظيمة التي تَجتاح المالَ من سَنَةٍ أو فتنة. لسان العرب 2/ 431، (جوح).

واختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه، ومنعها أبو حنيفة والثوري، والشافعي في قوله الجديد والليث، فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله ﷺ قال: «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً، على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه». صحيح مسلم 3/ 1190، باب وضع الجوائح. وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات، وأن التخلية في هذا المبيع هو القبض، وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري. بداية المجتهد 2/ 141، 142.

(3) النوادر والزيادات 11/ 236، والمنتقى 6/ 59، والذخيرة 7/ 218.

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 236، والذخيرة 7/ 218.

(5) الذخيرة 7/ 218.

قد تقدمت هذه المسألة حيث ذكر المؤلف الشروط، وإنما ذكرها المؤلف هنا ـ وإن كان فيما تقدم من كلامه ما يغني عنها ـ لأنها كالمستثناة مما تقدم، فصرَّح بذكرها هنا، ليبين[1] الفرع الذي رتبه عليها، وهو أن حكمها في تركها إلى الإزهاء موجب لفسخ القسمة، وأحرى إذا تركت الثمرة حتى تثمر، بخلاف الزهو والرطب يترك حتى يتمر، وقاس المسألتين ـ في الرواية ـ على البيع[2]، وذلك أن البلح إذا بيع على الجَدِّ فتأخر جَداده حتى أزهر فإنه يُفسخ، وإذا بيع الزهو والرطب على الجَدَاد أو بيع جزافاً لتأخر الجَداد حتى أتمر لم يفسخ؛ بل يجوز بيعه على هذا الشرط إذا بيع جزافاً[3]. قال في «المدونة»: «ولا بأس بقسم البلح الصغير بالتحري، على أن يجدَّاه مكانهما إذا اجتهدا حتى يخرجا من وجه الخطأ. وقال مالك: وإنما البلح الصغير علف. وقال ابن القاسم: هو بقل من البقول، ويجوز أن يقسماه وإن لم تختلف حاجتهم إليه، ويجوز قسمه على تفاضل القسمة. قال: وإن اقتسما هذا البلح فلم يجدَّاه حتى صار بلحاً كبيراً، فإن كان اقتسامهما على التفاضل انتقض القسم، وكذلك إن كان على التساوي، وكان إذا كبَر تفاضل في الكَيل، وإلا لم ينتقض»[4]. وقال أشهب: ينتقض القسم على كل حال[5]. قال بعض القرويين: ولو أكل أحدهما نصيبه من هذا البلح، وترك الآخر نصيبه حتى صار بلحاً كبيراً، لم ينتقض القسم؛ لأن بيع صغيره بكبيره متفاضلاً جائز، سواء كان اقتسامهما على التفاضل أو لا[6]. قال ابن يونس: ونقل أبو محمد مسألة إذا أكل أحدهما جميع حصته وبقي الآخر حتى صار بلحاً كبيراً من المجموعة عن ابن القاسم، وقال فيها: إن كانا اقتسماه على غير تفاضل، أو كان إذا كبَر لا يتفاضل[7]،

---

(1) في «ق»: (وليس).
(2) (بخلاف الزهو... على البيع): سقطت من «خ».
(3) (فتأخر الجداد... بيع جزافاً): سقط من «خ».
(4) المدونة 14/ 471.
(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 235.
(6) ينظر: الذخيرة 7/ 216.
(7) (أو كان إذا كبر لا يتفاضل): سقطت من «خ».

فجائز[1]. قال ابن يونس: وهذا نقل فيه نظر، فانظر الأصل.

قلت: الذي عندنا في نسخة النوادر ـ على ظهرها ما يدل على أنها قرئت على الشيخ أبي محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ ـ أن العطف بالواو لا بـ(أو)[2]، في **قوله: (على غير تفاضل أو كان)**. وهو معنى ما في «المدونة» فتأمله، والمسائل التي تتعلق بفصل المقسوم كثيرة جداً، والذي ذكرناه منها هو ما يتعلق بكلام المؤلف، فلنقتصر عليه.

قوله: ﴿المَقْسُومُ لَهُمْ: الشُّرَكَاءُ﴾.

هذا من المعلوم ضرورة، أن القسمة تستلزم تقدم الشركة، والشركة لا تكون إلا بين اثنين فأكثر.

قوله: ﴿ويُجْبَرُ مَنْ أَبَى القِسْمَةَ﴾.

يعني: أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة ما ليس في قسمته ضرر على واحد منهما قُضِيَ له بذلك ـ ولا أعلم فيه خلافاً ـ لرفع ضرر الشركة[3]، ولو قيل بأنهما لو دخَلا على الشركة، ولا سيما إن كان ملكهما بشراء وكان القسم مما يُبخِس الثمن، أن يكون القول قول من أبي القسمة لكان له وجه. وقد قالوا في الدار تُقسَم وتترك الساحة[4] لارتفاقهم، لا يُجبر على القسم من أباه[5]. وبما قلته من عدم الجبر قال بعض العلماء خارج المذهب[6]. وإنما حملنا كلام المؤلف هنا على أنه أراد إذا لم يكن على واحد منهما في القسمة ضرر؛ لمقابلته بما يذكر بعده، وهو حكم قسمة ما فيه ضرر.

---

(1) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 235، والتفريع 2/ 296، والكافي 1/ 449، والمنتقى 6/ 51، والمقدمات 3/ 98، وبداية المجتهد 2/ 223، والجواهر الثمينة 2/ 788.

(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 235.

(3) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 235، والكافي 1/ 447.

(4) في «خ»: (الناحية).

(5) ينظر: المدونة 14/ 521، والتفريع 2/ 296، والكافي 1/ 336، والمقدمات 3/ 99، والذخيرة 7/ 204.

(6) ينظر: الأم 7/ 140، وبدائع الصنائع 7/ 22، ومختصر اختلاف العلماء 4/ 322، والكافي في فقه أحمد 4/ 478.

قوله: ﴿ وفِي الجَبْرِ فِيمَا فِي قِسمَتِهِ ضَرَرٌ كالحَمَّامِ والرَّحَى: رِوَايَتَانِ ﴾.

الأظهر عدم الإجبار[1]؛ لأن هذا الفصل مبني على رفع الضرر أو على ارتكاب أخف الضررين، ولا شك أن بقاءهما على الشركة أخف الضررين؛ لأنه يمكنهما الكراء، ولا يمكنهما ذلك مع القسمة، ولهذا اختار الشيخ أبو الحسن اللخمي أنهما لو رضيا بالقسمة لمنعهما السلطان من ذلك في الحمَّام، وكذلك الدار الصغيرة والجدار[2]، ولهذه المسألة مُثل كثيرة؛ كالأندر[3] والجدار والماجل[4]، وتتبعها في المطولات، وربما وُجِد الخلاف في بعضها على غير ما هو في بعض.

قوله: ﴿ وفِي الحِصَّة اليَسِيرةِ لاَ تَصْلُحُ للسُّكْنَى، ثَالِثُهَا: يُجْبَرُ لِصَاحِبِهَا خَاصَّةً ﴾.

معنى هذا الفرع: أن الشيء الذي لا يكون في قسمة نوعه ضرر؛ كالدار الكبيرة والأرض، إلا أن فيها شركاء كثيرين أو قليلين، لبعضهم حصة يسيرة لا تصلح للسكنى. والمسألة السابقة مفروضة فيما لا يقبَل نوعه القسمة إلا بضرر، كما قال المؤلف في الحمَّام والرحى، ففي هذا الفرع ثلاثة أقوال[5]:

أحدها: ـ عن مالك وابن كنانه ـ أنه يقسم.

والقول الثاني: ـ لابن القاسم ـ أنه لا يقسم[6].

والقول الثالث: أنه إن طلب ذلك صاحب الحصة اليسيرة حكم لهم

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 473، والتفريع 2/ 298، والأحكام للشعبي ص122، والتلقين 2/ 426، والمعونة ص1290، والكافي 1/ 448.

(2) ينظر: التفريع 2/ 298، والكافي 1/ 449، والذخيرة 7/ 194.

(3) الأَنْدَرُ: البيدر بلغة أهل الشام، وهو الموضع الذي يداس فيه الطعام. ينظر: لسان العرب 4/ 50، (ندر).

(4) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 95، والذخيرة 7/ 193.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 224، والكافي 1/ 447، والمقدمات 3/ 98، وبداية المجتهد 2/ 200، والجواهر الثمينة 2/ 788.

(6) ينظر: الكافي 1/ 448، والمقدمات 3/ 99، وبداية المجتهد 2/ 203، والذخيرة 7/ 197.

بالقسمة، وإن لم يطلبها هو لم يحكم بالقسمة، وهذا قول ابن دينار[1].

ولمطرف إذا كان لا يصير لكل واحد ما ينتفع به لم تقسم، وإن كان يصير لكل واحد ما ينتفع به دون الآخر قسمت[2].

قال اللخمي: إن كان يريد بالقسم أن بعضهم ينتفع بنصيبه فيعطاه، ويبقى الآخرون على الشركة فحسَن، يُجمع نصيبهم، ويصير الآخرون كأهل سهم، وإن كان يريد أنه يقسم عليهم فيعطون ما لا ينتفعون به، فليس بحسَن. وقال ابن الماجشون: لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد منهم ما ينتفع به في وجه ما، ولا يشترط خصوص منفعة السكنى، وإلا لم يقسم[3]. والأصل نفي الضرر، ولازمه عدم الإجبار على القسمة؛ لكن قول مطرف حسن على ما فسَّره اللخمي، والله أعلم.

قوله: ﴿ ويُجْبَرُ مَنْ أَبَى البَيْعَ فِيمَا لاَ يَنْقَسِمُ لِمَن طَلَبَه ـ إِذَا كَانتْ حِصَّتُهُ تَنْقُصُ مُفرَدَةً ـ لِدَفْعِ الضَّرَرِ كالشُّفْعَةِ ﴾.

يعني: أن كل ما لا يحكم فيه بالقسمة من ربع وغيره، فإذا طلب بعضهم بيعه وأبي غيره، قُضي لمن طلب البيع، وأُجبر له من أباه؛ لكن بشرط أن يكون ثمن حصة من أراد البيع ينقص في الانفراد عن الاجتماع[4]، وجعل الأصل في ذلك الشفعة، وليس فيها كبير حجة هنا، أما **أولاً**: فلأن هذا الحكم عام في الرباع وغيرها، وأما **ثانياً**: فلأن الشفعة غُلِّب فيها حُكم المتمسك بنصيبه من الشريكين على حكم الأجنبي، وهو المشتري من شريك البائع، وأما هاهنا، فغُلِّب حكم الشريكين على الآخر، وهو ترجيح من غير مرجح، إلى غير ذلك مما يَرِد على هذا القياس ـ والله أعلم ـ ولكن المذهب ما قاله المؤلف، وإن كان لبعض الشيوخ تأويلات[5] واختيارات تتقيَّد بها

---

(1) ينظر: الكافي 1/ 449، والمقدمات 3/ 99، وبداية المجتهد 2/ 223.

(2) المنتقى 6/ 56، والمقدمات 3/ 99، وبداية المجتهد 2/ 203.

(3) ينظر: الاستذكار 22/ 246، والمقدمات 3/ 98، وبداية المجتهد 2/ 223.

(4) ينظر: المدونة 14/ 489، والتفريع 2/ 296، والمعونة ص1286، والاستذكار 22/ 244، 245، والكافي 1/ 447، والجواهر الثمينة 2/ 789.

(5) (تأويلات): سقطت من «خ».

المسألة عندهم، وذلك أن المذهب في هذا المبيع[1] إذا وقَف على ثمن بعد أن سُوِّق جميعه، فمن أراد من الشريكين أخذه بذلك الثمن أخذه به، سواء كان طالب البيع أو طالب التمسك[2]. وقال الداودي: وعليه حمل مسألة «المدونة»: أنه لا يكون أحق بالمبيع منهما إلا طالب التمسك وحده، ونفى أن يكون أحد قال غير هذا. وقال القاضي ابن رشد بظاهر «المدونة»، إلا في رباع الغلات وما لا يحتاج إلى السكنى والانفراد، فإنه لا يُجبر على البيع من أباه منهما. قال: «لأن رباع الغلة إنما يراد منها الغلة، وقَلَّ ما يُحط من ثمن بعضها إذا بيع على الانفراد؛ بل ربما كان الراغب في شراء بعضها أكثر من الراغب في شراء جميعها»[3]. وللشيخ أبو الحسن اللخمي في هذه المسألة ومسألة الإجبار على القسمة تفصيل، يتحصل منه هنا أنه لا ينبغي أن يختلف فيما اشتراه الشركاء في بيعات متعددة، يشتريه بعضهم بعد بعض، فإنه لا يُجبر أحدهم على إكمال البيع مع صاحبه؛ لأنه كما اشترى مفرداً، كذلك يبيع مفرداً، فلا يطلب فيما اشترى بإخراج شريكه من ماله[4]. وما صرَّح به المؤلف من اشتراط أن ينقص ثمن الحصة مفردة، خالف فيه بعض الشيوخ، ورأى أن المُعتبر إنما هو قصْد الاستبداد أو غيره من المقاصد دون نقص الثمن، وحيث حكمنا لمُريد البيع بالتمكين منه، فهل تُخْلى الدار والحانوت وغيرهما لذلك إذا طلبه أحد الأشراك، أو يكتفي بالتزام الساكن ألَّا يمنع من أراد التقليب من الدخول؟ في ذلك خلاف للشيوخ، وأخبرني بعض قضاة بلدنا أنه لا يحكم بالإخلاء في الحوانيت وشبهها، ويُحكم به في الدور ونحوها، وفي هذه المسألة من الكلام أكثر من هذا، واستيفاؤه في كتب الأحكام.

قوله: ﴿ فلوْ ظَهَرَ عَيبٌ فِي وَجْهِ نَصِيبِهِ ولَمْ يَفُتْ البَاقِي، فَلَهُ رَدُّ الجَمِيعِ ﴾.

يعني: فلو اطلع أحدهما على عيب في معظم نصيبه، وكان الباقي من

---

(1) في «ج»: (البيع).
(2) ينظر: الاستذكار 22/ 245، والكافي 1/ 447.
(3) التاج والإكليل 5/ 338.
(4) ينظر: التاج والإكليل 5/ 338.

نصيبه لا عيب فيه، فله رد جميع ما بيده من مَعِيبٍ وسالم ونقض القسمة، فيبقيان بعد ذلك على ما كانا عليه قبل القسمة[1]، ويحتمل أن تكون الألف واللام من **قوله: (الجميع)**. راجعة إلى جميع المقسوم، ويدل عليه قوله بإثر هذا: فإن فات ما بيد صاحبه. والمعنيان متقاربان؛ لأنه إذا كان له رد ما بيده، ورده سبب لرد ما أخذه صاحبه؛ كان له رد الجميع في المعنى، وهذا موافق لأصل المذهب في البيعات إذا اشترى ثياباً أو غيرها بعبد أو غيرها من ذوات القيم، ثم اطلع على عيب في وجه الثياب أو أكثرها، أنَّ له رد جميع الثياب وأخذ العبد، وكما له الرد في اطلاعه على العيب في وجه ما أخذ، فكذلك يكون له الرد بإطلاعه على العيب في أكثره، واختلف في النِّصف، فقيل: ليس له أن يرد، وهو كالقليل على ما يقوله الآن. وقال أشهب: هو كالكثير[2].

قوله: ﴿ فإنْ فَاتَ مَا بِيدِ صَاحِبِهِ بِبَيعٍ أوْ هَدْمٍ أوْ بِنَاءٍ، رَدَّ نِصْفَ قِيمَتِهِ يومَ قَبضِهِ، وبَقِيَ المَعِيبُ بَينَهُمَا ﴾.

يعني: فلو كانت المسألة السابقة بحالها، فردَّ آخذ المعيب ما أخذه، فكان بينهما نصفين، وطلب أخذ نصيبه من السَّالم فوجده قد فات ببناء وما ذكر معه، فإن من أخذ السَّالم يرد نصف قيمته يوم قبضه[3] لمن أخذ المعيب، وتكون قيمة السَّالم وعيْن المعيب بينهما نصفين[4]، وهذا معنى ما في «المدونة»؛ إلا أنه قال فيها: إن من أخذ السَّالم يرد قيمته إذا فات، فيقتسمانها[5]. ومراده ما ذكرناه، وقال فيها أيضاً ما قاله المؤلف: إن هذه القيمة يوم القبض[6]، فإن كان معناه أن يوم القبض هو يوم القسم، فصحيح؛

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 498، والبيان والتحصيل 12/ 136، وبداية المجتهد 2/ 27، والجواهر الثمينة 3/ 785.

(2) ينظر: الذخيرة 7/ 237.

(3) (وبقي المعيب بينهما... يوم قبضه): سقطت من «ج».

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 243، وبداية المجتهد 2/ 227، والجواهر الثمينة 2/ 785.

(5) ينظر: المدونة 14/ 498.

(6) ينظر: نفس المصدر 14/ 499.

وإلا فانظر: هل يُقال: إن البيع الصحيح تلزم فيه القيمة يوم البيع، وهذا بيع صحيح، أو يقال: لمَّا انتقضت القسمة انتقض البيع، فلا يضمن إلا ما قبض يوم القبض إن فات، وتبقى الرواية على ظاهرها، وانظر أيضاً: هل يفوت السَّالم في هذه الصورة بحوالة الأسواق؛ لأن أعواض المبايعات تفوت بذلك على المشهور[1]، وقد أشار بعضهم إلى وجود الخلاف في ذلك هنا.

قوله: ﴿ فإنْ فَاتَ مَا بِيدِهِ، رَدَّ علَى صَاحِبِهِ نِصفَ قِيمَتِهِ، وكَانَ السَّالِمُ بَينَهُمَا ﴾.

يعني: فإن فات ما بيد من أخذ المعيب في أكثره أو في[2] وجهه، فإنه يرُد نصف القيمة يوم القبض ـ على ما تقدم ـ ويأخذ نصف السَّالم، فيأخذ نصف السَّالم والمَعيب، وكذلك إن كان النصيبان فاتا معاً، فيرجع على من أخذ السَّالم بنصف ما زادته[3] قيمة السَّالم على قيمة المَعيب، والفوات في المَعيب لا يكون بحوالة الأسواق[4]. وقال ابن حبيب عن مالك: «اختلاف الأسواق في ذلك فوت في جميع الأشياء إلا في الدور والأرضين. قال الشيخ أبو محمد: «فوت المَعيب بحوالة الأسواق ليس بقول مالك»[5].

قوله: ﴿ فَإِنْ كَانَ فِي غَيرِ وجْهِهِ، رَجَعَ بِنصْفِ المَعِيبِ ممَّا فِي يَدِهِ ثَمَناً، وبَقِيَ المَعِيبُ بَينَهُمَا، فإِنْ كانَ سُبُعَ مَا بِيَدِهِ، أَخَذَ نِصفَ سُبُعِ مِا بِيدِ صَاحِبِهِ ﴾.

هذا الكلام مقابل لصدر المسألة، وهو قوله: فلو ظهر عيب في وجه نصيبه، والذي هنا هو إذا ظهر عيب في غير وجهه، ويدخل تحته الأقل والنصف، وقد قدَّمنا أن في النصف قولين[6]، وذكر المؤلف أنه يرد نصف المَعيب؛ أي: إذا كان قائماً، ثم يرجع في قيمة نصف ما قابله من السَّالم، ويكون الجزء بينهما، وهذا لا يعُم جميع الصور، وإنما يتناول منها ما إذا كان

---

(1) ينظر: الذخيرة 7/ 238.

(2) (وكان السالم بينهما. . . أو في): سقطت من «ج».

(3) (السالم والمعيب. . . ما زادته): سقطت من «ج».

(4) ينظر: المدونة 14/ 498.

(5) النوادر والزيادات 11/ 247، والذخيرة 7/ 238.

(6) ينظر ص451.

المَعيب متميزاً في جهة عن السَّالم، وأما إذا كان العيب يعُم جميع ما أخذه أحدهما؛ لكنه ينقص من ثمنه يسيراً، فلا يتأتى ردُّ شيء منه على ما أخذه السَّالم؛ لكن يرجع عليه بنصف قيمة ما زاده السَّالم عن المَعيب، وهذا الذي قلناه في العِقَار؛ لأنهم في المشهور لم يمكنوا المشتري من رده بكل عيب، كما مكنوه في غيره[1]. وقال أشهب في مسألة المؤلف هذه: يرجع صاحب المَعيب شريكاً، مع أخذ السَّالم بالقَدر الذي وجب له الرجوع به[2]. وقال ابن المواز: «إذا استحق مما في يد أحدهما شيء انتقض القسم، ولم يفرق بين قليل ولا كثير»[3]. وقول محمد هذا وإن كان موضعه ما يأتي بعد هذا؛ ولكن له تعلُّق بهذا الموضع، وفي هذا الفصل ذكره اللخمي، واختار هو أن القسمة إذا كانت بالتراضي؛ فالحكم على ما قاله ابن القاسم، وإن كانت بالقرعة، كان القول قول من دعا إلى نقض القسمة ولو كان المَعيب يسيراً. قال: لأن زوال ذلك من يد أحدهما بالرد بالعيب أو بالاستحقاق، يبيِّن أن القرعة وقعت في غير موضعها، وأنها لم تُعدَّل[4].

قلت: والذي قاله ظاهر، بشرط أن يكون الحكم في غلط القاسم نقض القسمة.

قوله: ﴿ وإنْ استُحِقَّ بَعضُ مُعَيَّنٍ، فقَالَ ابنُ القَاسِمِ: كالعَيبِ، وقَالَ مَالِكٌ: إلاَّ أَنْ يَكُونَ كَثِيراً ولَمْ يَفُتِ البَاقِي، فَلَهُ أَنْ يَكُونَ شَرِيكاً لِصَاحِبِهِ بِقَدْرِ نِصفِ ذَلِكَ مِمَّا فِي يَدِهِ.

معنى هذا الكلام أن الشركاء إذا اقتسموا دوراً بينهم، فاستُحق من حظِّ أحدهم شيء مُعين كبيت من دار، أو استحق دار من دور، فإن كان هذا المُستحَق هو جُل حظه أو أكثره، فقال ابن القاسم: تنتقض القسمة، فيكون ما بقي بعد الاستحقاق مع جميع ما بأيديهم، أو بيد الآخر إن كانا اثنين شركة، وإن كان المُستَحق هو النصف أو الأقل رجع على صاحبه بنصف قيمة ما قابل

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 785.
(2) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 245، والذخيرة 7/ 238.
(3) ينظر: بداية المجتهد 2/ 227، والذخيرة 7/ 238.
(4) ينظر: الذخيرة 7/ 238.

الجزء المُستَحق من نصيب الذي لم يُستَحق من يده شيء[1]. هذا معنى ما نسبه المؤلف إلى ابن القاسم، وظاهر كلامه: سواء كان الباقي على حاله أو فات، ووافقه مالك على ذلك إلا في استحقاق الكثير، فظاهر كلامه: عدَم انتقاض القسم جبراً؛ ولكن يكون الخيار في ذلك للمُستَحقِّ من يده وفي تَمسُّكِه بما بقي بيده، ويستوي استحقاق الكثير[2] واليسير إذا لم يخْتر النَّقض[3]. وظاهر كلام أشهب: أنه لا ينتقض القسم باستحقاق بعض نصيب أحدهما، كثيراً كان ذلك المستحق أو يسيراً[4]، والذي نسبه لابن القاسم هو ظاهر «المدونة»، وله فيها أيضاً في شريكين اقتسما داراً بينهما بالسواء، فأخذ أحدهما رُبُعها من مُقدَّمها، وأخذ الآخر ثلاثة أرْبَاعِها من مؤخرها، فاستحق نصف نصيب أحدهما، لم ينتقض القسم. قال: ورجع على صاحبه بِرُبُع قيمة ما بيده[5]. وقال بعض القرويين[6]: الذي يحصل عندي في وجود العيب أو الاستحقاق يطرأ بعد القسم، أن ينظر: فإن كان ذلك كالرُّبُع فأقل، رجع بحصة ذلك ثمناً، وإن كان فوق النِّصف، انتقض القسم وابتدياه، وإن كان نحو النِّصف أو الثُّلث، فيكون بحصة ذلك شريكاً فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم[7]، واستحسن هذا التحصيل ابن يونس، إلا أنه استشكل منه مخالفته لقوله في بعض مسائل «المدونة»: رجع على صاحبه برُبُع قيمة ما بيده[8]. قال: ولو قال في «المدونة»: رُبُع ما بيده، لاستوت المسائل[9].

---

(1) ينظر: المدونة 14/ 505، والجواهر الثمينة 2/ 787، والذخيرة 7/ 243.

(2) (فظاهر كلامه. . . استحقاق اليسير): سقطت من «خ».

(3) ينظر: المدونة 14/ 504، والجواهر الثمينة 2/ 787.

(4) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 787، والذخيرة 7/ 244.

(5) ينظر: المدونة 14/ 505.

(6) القرويون منهم: أبو القاسم البراذعي واللبيدي وأبو بكر بن عبد الرحمٰن وأبو عمران الفاسي وعبد الله بن الأجداني وأبو عبد الخواص وغيرهم. ينظر: الديباج 1/ 137، 174.

(7) ينظر: التاج والإكليل 5/ 449.

(8) ينظر: المدونة 14/ 503.

(9) ينظر: التاج والإكليل 5/ 449.

قلت: وقد رُويت هذه المسألة على الوجه الذي تستوي به المسائل، فانظره في «التنبيهات»[1]، ومسائل هذا الفصل أطال شرَّاح[2] «المدونة» الكلام عليها، وما ذكره المؤلف منها هو اللائق بكتابه، فإن كان المُستَحقُّ شائعاً فلا كلام لواحد من الشريكين على صاحبه؛ لأنه اسْتُحق من نصيب أحدهما مثل ما اسْتُحق من نصيب الآخر، ولذلك لم يبيِّن المؤلف حكمه، وإن كان تقسيمه يشير إليه **بقوله: (وإن استحق بعض مُعين)**.

قوله: ﴿ ولوْ ظَهَرَ دَينٌ وامْتَنَعُوا أو أَحَدُهم مِن أَدَائِهِ، فُسِخَتْ ﴾.

يعني: أن الورثة إذا قسموا دوراً أو شبهها من غير العيْن، ثم اطَّلعوا على دَين على الميت، فإنهم إن أطاعوا بأداء ذلك الدَّين تمَّت القسمة، وإن أبوا من أداءِ الدَّين، أو رضي بذلك البعض وأبى منه البعض، فُسخت القسمة[3]؛ لوجوب قضاء الدَّين قبلها[4]؛ لقوله تعالى في الميراث: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: 12] وقد يدل **قول المؤلف: (لو ظهر)**. على أنهم لو اقتسموا التركة مع علمهم بالدَّين لفُسخ القسم بينهم، وإن رضوه على ما قيل في ذلك[5]. وإنما نبهناك على هذا هنا؛ لأنه متعلق بلفظه فتأمله.

قوله: ﴿ ومَا تَلِفَ بِسَمَاوِي فَهدْرٌ، ويَمْضِي بَيْعَهُم بِغَيرِ مُحَابَاةٍ، ويُوفَّى دَينَهُ ممَّا وجَدَ، ويَتَرَاجَعُونَ ﴾.

يعني: أنَّا إذا حكمنا بفسخ القسمة جرى الأمر فيما بأيديهم إذا هلك على حكم الاستحقاق، وقد علم أن المستحق من يده إذا لم يكن غاصباً، أنه

---

(1) التنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة والمختلطة، للقاضي عياض اليحصبي، توفي سنة (544هـ). ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 136.

(2) اعتنى المالكية بالمدونة اعتناءً كبيراً، فقاموا بشرحها واختصارها وبيان مسائلها، فشرحها كل من: محمد بن عبدوس وابن الجلاب وابن رشد والمازري والقاضي عياض وأبو إسحاق التونسي والقاضي عبد الوهاب البغدادي وأبو الوليد الباجي وأبو بكر محمد بن يونس وغيرهم. ينظر: تاريخ التراث العربي 2/ 139 ـ 143.

(3) (وإن أبوا. . . فسخت القسمة): سقطت من «خ».

(4) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 246، والبيان والتحصيل 12/ 134، وفتاوى ابن رشد 1/ 415، والمقدمات 3/ 106، وبداية المجتهد 2/ 227، والجواهر الثمينة 2/ 785.

(5) ينظر: الذخيرة 7/ 245.

لا يضمن ما هلك بيده بسبب سماوي[1]، ولا يقال ـ على هذا التقدير ـ فيلزم أن لا يمضي البيع ولو كان بغير محاباة؛ لأن للمستحق نقض البيع؛ لأنَّا نقول: شبهة الاستحقاق التي قلناها إنما معناها أن قُصارى الأمر هنا شبهة الاستحقاق، لا أنه استحقاق حقيقة؛ لأن حق المستحق يتعلق بعين الشيء المستحق، وحق الغريم هنا إنما يتعلق بالتركة من حيث الجملة، ألا ترى أنه إذا تطوَّع أحد بدفع الدَّين لزِم ذلك الغريم قبوله، بخلاف الاستحقاق[2]، فلذلك لم يكن له حق في نقض البيع[3] السَّالم من المحاباة[4]، وربما كان الثمن الذي باع به الوارث أكثر من قيمة المبيع الآن، هذا كله إذا كان الدَّين الطارئ يغترق التركة، فإن كان لا يغترقها فللغريم أن يأخذ دينه ممن وجده من الورثة، ولهم الرجوع بعضهم على بعض[5]، وهذا هو مراد المؤلف **بقوله**: **(ويوفَّى دينه مما وجد ويتراجعون)**.

فإن قلت: هل في **قول المؤلف**: **(يمضي بيعهم بغير محاباة)**. دليل على أن المحاباة كالهبة، وأن الهبة لا تنقض إذا وقعت من أحدهم؟

قلت: ذلك مُحتمل؛ لأن من باع سلعة بدون ثمنها واهب لبعض تلك السلعة، وقد يقال: إنما وهَب جزءاً من ثمنها لا جزءها، والأول أقرب، وقد اختلف هل يضمن الواهب والمتصدق والمعتق في هذه المسألة، وكذلك البيع؟ فقال ابن حبيب: «يضمن ذلك، فيدفع للغريم ولا يرجع على الموهوب له ولا على المشتري بشيء»[6]. وذهب أشهب وسحنون إلى أنه لا يضمن، فيرجع الغريم على الموهوب له ويرد العتق، فإن ادعى أحد الورثة تلف ما أخذه ولم تَقُم بيِّنة على صدقه، فيُصدَّق فيما لا يُغاب عليه من العروض[7]. واختلف إذا قامت البينة بتلف معين وشبهه من المكيل

---

(1) ينظر ص333.

(2) ينظر: المدونة 14/ 488، والمقدمات 3/ 106.

(3) (البيع): سقطت من «ج».

(4) ينظر: فتاوى ابن رشد 1/ 416.

(5) ينظر: المدونة 14/ 483، والنوادر والزيادات 11/ 250، والذخيرة 7/ 247.

(6) المقدمات 3/ 107، والذخيرة 7/ 250.

(7) ينظر: الذخيرة 7/ 249، والتاج والإكليل 5/ 350.

والموزون على ثلاثة أقوال[1]:

أحدها: أنه يبرأ.

والثاني: أنه لا يبرأ.

والثالث: الفرق بين العيْن وغيره، فلا يبرأ في الأول، ويبرأ في الثاني.

قوله: ﴿ وقالَ سَحْنُونٌ: لاَ يُفْسَخُ، ويُبَاعُ ممَّا بَقِيَ بِيدِ كُلِّ واحِدٍ مِنهُ أو مِنْ عِوَضِهِ بِنسبَةِ مَا يَنُوبُهُ إِلَى قِيمَتِهِ يَومَ البَيعِ للدَّينِ أوْ يَفدِيهِ بِمَا يَنوبُهُ، ومَن تَعَذَّرَ أُخِذَ مِن غَيرِهِ إِلَى مُنتَهَى مَا بِيدِهِ، ويَتَرَاجَعُونَ ﴾.

معنى هذا الكلام أن سحنون يخالف في فسخ القسمة إذا امتنعوا أو امتنع أحدهم من أداء ما ينوبه، ويرى أن اللازم حينئذ أن يُباع مما بيد كل واحد منهم من نصيبه الذي أخذه، بنسبة ما ينوبه من الدَّين، وتكون هذه النسبة مُعتبرة يوم الحكم[2]، وهذا هو معنى **قوله: (إلى قيمته يوم البيع للدَّين)**. هذا كله على رأيه إذا بقي ما أخذه من التركة بيده، وأما إن باعه، فيلزمه من عوضه نسبة ما كان يلزمه من الدَّين أن لو اقتسموا الدَّين[3] عليهم ورضوا بأدائه، ما لم يكن الذي أخذه في العوض بغير محاباة أقل من مَنَابه من الدَّين، فإنه يُخير في ذلك أو في أداء ما ينوبه من الدَّين، على الوجه الذي قلناه الآن، وهو مراد المؤلف **بقوله: (أو يفديه بما ينوبه)**. وفيما ذكره المؤلف عن سحنون نقص وتلفيف، فلنأت به من كلام ابن يونس. قال ابن عبدوس: «قال سحنون: إن الدَّين إذا ألحق لم ينتقض القسم، وهو تمييز حق ليس ببيع، والدَّين شائع في جميع ما بأيديهم، ويكون على جميع الورثة لا على قدر مواريثهم فيُضر بهم، إذ قد يكون أحدهم غُبِن في القسم، أو تغير سوق ما بيده، فيؤدي أكثر مما بيده؛ ولكن يُقومَّ ما بيد كل واحد يوم البيع للدين، ويقسم عليه الدَّين، فما وقع على كل واحد، بِيع مما بيده بقدَره، ولكل واحد أن يفْتَكَّ ما يُباع عليه بأداء ما ينوبه، وإذا كان في البيع من نصيب

---

(1) ينظر: المقدمات 3/ 107، والذخيرة 7/ 250.

(2) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 135، وفتاوى ابن رشد 1/ 416، والجواهر الثمينة 2/ 785، والذخيرة 7/ 250.

(3) (الدَّين): سقطت من «ج».

كل واحد ضرَر على طالب الدَّين لطوله، وكان بَيْع ما بيد أحدهم أحظى[1] ثمناً، فليبع ما هو أنجز له مما هو بيد أحدهم، ثم يرجع على إخوته بمقدار ما كان ينوبه من الدَّين يوم قضاه»[2]. وقال أشهب مثل قول سحنون؛ إلا أنه قال: «يُفُض الدَّين على الأجزاء التي اقتسموا عليها، زادت قيمتها أو نقصت، ما كانت قائمة ما لم تفت»[3]. وقال بعض الشيوخ: اختلف إذا كان الدَّين يغترق بعض الحاضر والقسمة بالقرعة؛ أي: وقد هلك ما أخذه بسماوي. فقيل: لا يرجع من استحق ذلك من يده ولا يرجع عليه، وقيل: يرجع عليه ولا يرجع، وقيل: يرجع ويرجع[4] عليه[5]. وأما **قوله المؤلف: (ومن تعذَّر أخذ من غيره إلى منتهى ما بيده ويتراجعون)**. فمعناه ما ذكر ابن يونس عن سحنون فوق هذا: وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضرر... إلى آخره. غير أن كلام المؤلف يدل على أنه لا ينتقل الغريم عن أحدهم بما ينوبه إلى غيره إلا عند التعذر، وكلام سحنون هذا: له ذلك بمجرد الضرر، والضرر أخف من التعذر، فتأمله. قال ابن القاسم في «المدونة»: وإذا جُنِي على الرقيق بعد القسم قبل لحوق الدَّين، ثم لحق الدَّين، فإن جميعهم يتبع الجاني؛ لانتقاض القسمة بلحوق الدَّين[6]. وقال أشهب: «هذا إن أخذ الدَّين من جميع الورثة، وأمَّا إن أخذ من أحدهم، فإنما يرجع هو وحده على الذي صار له ذلك العبد بما يصيبه من العبد، وله من الجناية بقدر مصابته من العبد»[7].

قوله: ﴿ولَوْ ظَهَرَ وَارِثٌ والمَقْسُومُ كَدَارٍ، فَلَهُ الفَسْخُ﴾.

هذا ظاهر؛ لأن حق هذا الطارئ عند كل واحد منهم بعينه فيما في يده، فلو لم تفسخ القسمة، لتميَّزت حقوقهم دون حقه، وذلك باطل، إلا أن يرضى

---

(1) في «خ»: (أخص).
(2) النوادر والزيادات 11/ 248، والذخيرة 7/ 245.
(3) البيان والتحصيل 12/ 135، وفتاوى ابن رشد 1/ 416، والذخيرة 7/ 147.
(4) في الذخيرة: (ولا يرجع). ينظر: الذخيرة 7/ 248.
(5) ينظر: البيان والتحصيل 12/ 135، والذخيرة 7/ 248.
(6) ينظر: المدونة 14/ 483، والذخيرة 7/ 245.
(7) الذخيرة 7/ 245.

بمشاركة كل واحد منهم[1].

قوله: ﴿وإنْ كانَ المَقسُومُ عَيْناً رَجَعَ عليهِم، ومَنْ أَعْسَرَ فَعَلَيْهِ إذَا لَمْ يَعْلَمُوا بِهِ، وقَالَ أَشْهَبُ: مَنْ أَعْسَرَ فَعَلَى الجَمِيعِ﴾.

وهذا ظاهر أيضاً إذا كانوا أملياء؛ لأنه شريك لكل واحد منهم، فيأخذ منه ما ينوبه[2]، وأما إن وجَد بعضهم عديماً، فقال مالك وابن القاسم وأصبغ: إنه مثل ما إذا وجدهم أملياء، يتبع كل واحد منهم بمنابه[3]. وقال أشهب وابن عبد الحكم: «إن الطارئ يقاسم من وجَد من الورثة مليئاً ما صار له، حتى كأنه لم يترك الميت غيرهما، ثم يتبعان باقي الورثة، فيمن أيْسَر دخلوا معه وساووه، هكذا حتى يعتدلوا»[4]. وهذا هو مراد المؤلف **بقوله** عن أشهب: **(من أعْسَر فعلى الجميع)**. قال ابن المواز: «فإن ترك على هذه امرأة وابناً، فأخذت المرأة الثمن والابن ما بقي، ثم طرأت زوجة أخرى، فوجدت صاحبتها عديمة والابن مليء، فلترجع على الابن بثُلث خُمس ما صار إليه، وهو جزء من خمسة عشر ممَّا في يده؛ لأن له أربعة عشر من ستة عشر، ولكل واحدة من الزوجتين سهم، ثم يرجعان على الزوجة بنصف ما أخذت، وكل ما وجَدا عندها من ذلك اقتسماه على خمسة عشر، حتى يستوفياه»[5].

قوله: ﴿ولوْ ظَهَرَ مُوصَى لَهُ، فَإنْ كَانَ بِنَصِيبٍ فَكَالوَارِثِ، وبِدَنَانِيرَ وشِبهِهَا فَكَالدَّيْنِ، وقِيلَ: كالدَّينِ مُطلَقاً﴾.

يعني: أنه إذا طرأ موصى له على الورثة، فإن كان أوصى له بدنانير وشبهها، فهو كطروء الدَّين عليهم؛ لوجوب بيع التركة أو بعضها للوصية كما يُباع للدَّين، وإن كان أوصى له بجزء كالثُّلُث أو الرُّبُع ففي ذلك قولان:

أحدهما: وهو مذهب «المدونة»[6]: أن ذلك كطروء وارث على الورثة؛

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 786.

(2) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 785.

(3) ينظر: المدونة 14/ 484، والنوادر والزيادات 11/ 252، والجواهر الثمينة 2/ 385، ومواهب الجليل 5/ 353.

(4) النوادر والزيادات 11/ 254، والجواهر الثمينة 2/ 786، والذخيرة 7/ 253.

(5) النوادر والزيادات 11/ 254، وفتاوى ابن رشد 1/ 415.

(6) ينظر: المدونة 14/ 486.

لأنه ليس بمُقدَّم عليهم في المعنى، ألا ترى أن له الثُّلث ولهم الثُّلثان.

والقول الثاني: أنه كطروء الدَّين[1]، لظاهر قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: 12] والذي حكاه ابن حبيب عن أشهب في قسمة العَين والطعام وما لا يُعرف بعينه[2] مثل قول ابن القاسم. قال: «ولو قال: اقتسموا عروضاً أو رقيقاً، لشرك كل واحد منهما فيما بيده، إلا أن يكون لو قاسمهم إيَّاها على اجتماعهم، اجتمع له حقه في شيء واحد أو شيئين»[3].

قال الشيخ أبو عمران عن الشيخ أبي الحسن القابسي[4]: إذا ترك الميت ثلاثمائة دينار عيناً، وترك ثلاثة بنين، وأخذ كل واحد منهم مائة، ثم طرأ موصٍ له بالثُّلث، فوجد الاثنين قد أتلفا المائتين، ووجد في يد الثالث مائة، فصاحب الوصية أولى بها؛ لأنها عيْن شيء الميت. قال: وقاله ابن المواز. قال ابن المواز: انظر كأنه رأى أن التركة إذا كانت كلها عيناً، صار كالموصى له بتسمية، بخلاف العرض[5].

قلت: الذي قاله الشيخ أبو الحسن رَحِمَهُ اللهُ مخالف لظاهر «المدونة»، ألا تراه قال فيها عن ابن القاسم: وإذا طرأ وارث أو موصٍ له بالثُّلث بعد القسم، والتركة عيْن أو عرض، فإنما يتبع كل وارث بقَدْر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده ما ذلك، ولا يتبع المليء بما على المعدم، وليس كغريم طرأ على غرماء[6].

---

(1) ينظر: الجواهر الثمينة 2/ 786.

(2) (بعينه): سقطت من «خ».

(3) النوادر والزيادات 11/ 252.

(4) هو أبو الحسن علي بن محمد بن خلف المعافري القيرواني، المعروف بالقابسي، فقيه ومحدث، رحل إلى المشرق فأقام في مكة ومصر، فتلقى فيهما العلم على يد عدد من العلماء، ثم عاد إلى القيروان سنة (357هـ). له عدة مؤلفات منها: «الملخص لما في الموطأ من الحديث المسند»، و«الرسالة المفصلة لأحوال المتعلمين وأحكام المعلمين والمتعلمين»، توفي ـ رحمه الله تعالى ـ سنة (403هـ). ينظر: الديباج 1/ 199 ـ 201، وتاريخ التراث العربي 2/ 162.

(5) ينظر: النوادر والزيادات 11/ 253.

(6) ينظر: المدونة 14/ 487.



* فهرس الآيات القرآنية.
* فهرس الأحاديث النبوية.
* فهرس الكتب الواردة في النص المحقق.
* فهرس الأماكن والبلدان.
* فهرس الأعلام.
* فهرس المصادر والمراجع.
* فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الكتب
الواردة في النص المحقق

فهرس البلدان والأماكن
الواردة في النص المحقق

فهرس الأعلام
الواردة في النص المحقق

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: المخطوطات:

1 ـ **التهذيب**، لأبي سعيد سعيد خلف البراذعي، تحقيق عيسى محمد البجاحي، رسالة ماجستير، بجامعة الفاتح، كلية العلوم الاجتماعية، 1990م.

2 ـ **جامع الأمهات**، لأبي عمرو عثمان بن الحاجب (570هـ)، مخطوط بمركز الجهاد الليبي، رقم (589).

ثانياً: الكتب المطبوعة:

3 ـ **القرآن الكريم**.

ـ أ ـ

4 ـ **أبجد العلوم**، لصديق بن حسن القنوجي (ت1307هـ)، تحقيق عبد الجبار زكار، دار الكتب العلمية، بيروت، 1978م.

5 ـ **الأحكام**، لأبي مطرف عبد الرحمٰن بن قاسم الشعبي المالقي (ت497هـ)، تحقيق د. الصادق الحلوي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1992م.

6 ـ **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، لتقي الدين أبي الفتح ابن دقيق العيد (ت702هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

7 ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، لعلي بن محمد الآمدي أبو الحسن (ت631هـ)، تحقيق د. سيد الجميلي، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1404هـ.

8 ـ **إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول**، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت1255هـ)، تحقيق محمد سعيد البدري، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.

9 ـ **الاستذكار لما في الموطأ من المعاني والآثار**، لأبي عمر بن يوسف بن عبد البر، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة.

10 ـ **إسعاف المبطأ برجال الموطأ**، لعبد الرحمٰن ابن أبي بكر أبو الفضل السيوطي (ت911هـ)، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1389هـ.

11 ـ **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، ليوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر (ت463هـ)، تحقيق علي محمد البجاوي، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1412هـ.

12 ـ **الإصابة في تمييز الصحابة**، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (ت852هـ)، تحقيق علي محمد البجاوي، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، 1412هـ.

13 ـ **الإفادات والإنشادات**، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي (ت790هـ)، تحقيق محمد أبو الأجفان، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1986م.

14 ـ **الأم**، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله (ت204هـ)، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ.

15 ـ **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، لقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي (ت978هـ)، تحقيق د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي، الطبعة الأولى، دار الوفاء، جدة، 1406هـ.

16 ـ **إيضاح المكنون**، لإسماعيل باشا البغدادي، مكتبة المثنى، بغداد.

ـ ب ـ

17 ـ **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، لزين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر (ت970هـ)، دار المعرفة، بيروت.

18 ـ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، لعلاء الدين الكاساني (ت587هـ)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.

19 ـ **بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة،** لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني (ت593هـ)، تحقيق حامد إبراهيم كرسون، محمد عبد الوهاب بحيري، الطبعة الثانية، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، 1355هـ.

20 ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد،** لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبو الوليد (ت595هـ)، دار الفكر، بيروت.

21 ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد،** لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق محمد شاكر، الطبعة الرابعة، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1418هـ.

22 ـ **برنامج المجاري،** لأبي عبد الله محمد المجاري الأندلسي (ت863هـ)، تحقيق محمد أبو الأجفان، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1982م.

23 ـ **البرهان في أصول الفقه،** لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي (ت478هـ)، تحقيق د. عبد العظيم محمود الديب، الطبعة الرابعة، المنصورة، مصر، 1418هـ.

24 ـ **البيان والتحصيل،** لأبي الوليد بن رشد القرطبي (ت520هـ)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408هـ.

ـ ت ـ

25 ـ **التاج والإكليل،** لمحمد بن يوسف العبدري (ت897هـ)، دار الفكر، بيروت، 1393هـ.

26 ـ **تاريخ قضاة الأندلس** (المرتبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتوى)، لأبي الحسن بن عبد الله بن حسن النبهاني، مركز الموسوعات العالمية، بيروت.

27 ـ **التاريخ الكبير،** لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبد الله البخاري (ت256هـ)، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر، بيروت.

28 ـ **تحرير ألفاظ التنبيه،** ليحيى بن شرف بن مري النووي أبو زكريا (ت676هـ)، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1408هـ.

29 ـ **تحفة الفقهاء،** لمحمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (ت539هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ.

30 ـ **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي**، لمحمد عبد الرحمٰن بن عبد الرحيم المباركفوري أبو العلا (ت1353هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

31 ـ **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج**، لعمر بن علي بن أحمد الأندلسي (ت804هـ)، تحقيق عبد الله بن إسعاف اللحياني، الطبعة الأولى، دار حراء، مكة المكرمة، 1406هـ.

32 ـ **تذكرة الحفاظ**، لمحمد بن طاهر بن القيسراني (ت507هـ)، تحقيق حمدي عبد المجيد إسماعيل السلفي، الطبعة الأولى، دار الصميعي، الرياض، 1415هـ.

33 ـ **تراجم المؤلفين التونسيين**، لمحمد مخلوف، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

34 ـ **تقريب التهذيب**، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق محمد عوامة، الطبعة الأولى، دار الرشيد، سوريا، 1406هـ.

35 ـ **التعريف بالرجال المذكورين في جامع الأمهات**، لمحمد بن عبد السلام الأموي (من علماء القرن التاسع الهجري)، تحقيق د. حمزة أبو فارس، محمد أبو الأجفان، دار الحكمة، طرابلس، 1994م.

36 ـ **التعريفات**، لعلي بن محمد بن علي الجرجاني (ت816هـ)، تحقيق إبراهيم الأبياري، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ.

37 ـ **التفريع**، لعبيد الله بن الحسين بن الجلاب، تحقيق حسين الدهماني، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

38 ـ **تفسير القرآن العظيم**، لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء (ت774هـ)، دار الفكر، بيروت، 1401هـ.

39 ـ **تلخيص الحبير**، لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني (ت852هـ)، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، المدينة المنورة، 1384هـ.

40 ـ **التلقين**، لعبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد (ت362هـ)، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1415هـ.

41 ـ **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد،** لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري (ت463هـ)، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي، ومحمد عبد الكبير البكر، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.

42 ـ **تهذيب الأسماء واللغات،** لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام النووي، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1996م.

43 ـ **تهذيب التهذيب،** لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (ت852هـ)، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1404هـ.

44 ـ **تهذيب الكمال،** ليوسف بن الزكي عبد الرحمٰن أبو الحجاج المزي (ت742هـ)، تحقيق د. بشار عواد معروف، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1400هـ.

45 ـ **التوقيف على مهمات التعاريف،** لمحمد عبد الرؤوف المناوي (ت1031هـ)، تحقيق د. محمد رضوان الداي، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق، 1410هـ.

- ج -

46 ـ **جامع الأمهات،** لجمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي (ت646هـ)، تحقيق أبو عبد الرحمٰن الأخضر الأخضري، اليمامة للنشر والتوزيع، دمشق، 1419هـ.

47 ـ **الجامع الصحيح،** لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي (ت256هـ)، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، الطبعة الثالثة، دار ابن كثير، دار اليمامة، بيروت، 1407هـ.

48 ـ **الجرح والتعديل،** لعبد الرحمٰن بن أبي حاتم محمد بن إدريس أبو محمد الرازي التميمي (ت327هـ)، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث، بيروت، 1271هـ.

49 ـ **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة،** لنجم الدين بن شاس (ت616هـ)، تحقيق محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1995م.

- ح -

50 ـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، لمحمد عرفة الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت.

51 ـ **الحجة على أهل المدينة**، لمحمد بن الحسن الشيباني أبو عبد الله (ت189هـ)، تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري، الطبعة الثالثة، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ.

- د -

52 ـ **الأدلة البينة النورانية في مفاخر الدولة الحفصية**، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الشماع، تحقيق د. الطاهر محمد المعموري، الدار العربية للكتاب، 1984م.

53 ـ **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل (ت852هـ)، تحقيق أبو إسحاق الحويني الأثري، دار المعرفة، بيروت.

54 ـ **درة الحجال في أسماء الرجال**، لأبي العباس أحمد بن محمد المكناسي (ت960هـ)، تحقيق د. الأحمدي أبي النور، الطبعة الأولى، دار النصر، 1390هـ.

55 ـ **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**، لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت.

- ذ -

56 ـ **الذخيرة**، لأحمد بن إدريس القرافي (ت684هـ)، تحقيق محمد أبو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

- ر -

57 ـ **الرسالة**، لعبد الله بن أبي زيد القيرواني أبو محمد (ت386هـ)، دار الفكر، بيروت.

58 ـ **روضة الطالبين**، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405هـ.

- ز -

59 ـ **زاد المستقنع،** لموسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي أبو النجا (ت690هـ)، تحقيق علي محمد عبد العزيز الهندي، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة.

60 ـ **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي،** لمحمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري الهروي أبو منصور (ت370هـ)، تحقيق د. محمد جبر الألفي، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1399هـ.

- س -

61 ـ **سنن أبي داود،** لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي (ت275هـ)، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.

62 ـ **سنن الترمذي،** لمحمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي (ت279هـ)، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

63 ـ **سنن الدارقطني،** لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي (ت385هـ)، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ.

64 ـ **سنن النسائي،** لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمٰن النسائي (ت303هـ)، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، 1406هـ.

65 ـ **سير أعلام النبلاء،** لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله (ت748هـ)، تحقيق شعيب الأرناؤوط، محمد نعيم العرقسوسي، الطبعة التاسعة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413هـ.

- ش -

66 ـ **شجرة النور الزكية،** لمحمد مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت.

- ص -

67 ـ **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية،** لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار الكتاب العربي، مصر.

68 ـ **الصحاح في اللغة والعلوم،** تقديم الشيخ عبد الله العلايلي، الطبعة الأولى، دار الحضارة، بيروت، 1994م.

69 ـ **صحيح ابن حبان**، لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي (ت354هـ)، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1414هـ.

70 ـ **صحيح مسلم**، لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري (ت261هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

71 ـ **صفة الصفوة**، لعبد الرحمٰن بن علي بن محمد أبو الفرج ابن الجوزي (ت597هـ)، تحقيق محمود فاخوري، د. محمد رواس، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1399هـ.

ـ ط ـ

72 ـ **طبقات الحفاظ**، لعبد الرحمٰن بن أبي بكر السيوطي أبو الفضل (ت911هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.

73 ـ **طبقات الشافعية الكبرى**، لتاج الدين بن تقي الدين السبكي، دار المعرفة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان.

74 ـ **طبقات الفقهاء**، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق (ت476هـ)، تحقيق خليل الميس، دار القلم، بيروت.

75 ـ **الطبقات الكبرى**، لمحمد بن سعد بن منيع أبو عبد الله البصري الزهري (ت230هـ)، دار صادر، بيروت.

ـ ف ـ

76 ـ **فتاوى ابن رشد**، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت520هـ)، تحقيق الطاهر التليلي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1407هـ.

77 ـ **فتاوى السغدي**، لعلي بن الحسين بن محمد السغدي (ت461هـ)، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، بيروت، عمَّان، 1404هـ.

78 ـ **الفصول في الأصول**، لأحمد بن علي الرازي الجصاص (ت370هـ)، تحقيق د. عجيل جاسم النشمي، الطبعة الأولى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1405هـ.

79 ـ **الفهرست**، لمحمد بن إسحاق أبو الفرج النديم (ت385هـ)، دار المعرفة، بيروت، 1398هـ.

ـ ق ـ

80 ـ **القاموس الفقهي**، لسعدي أبو جيب، الطبعة الأولى، دار الفكر، 1402هـ.

81 ـ **القبس**، لأبي بكر بن العربي المعافري، تحقيق محمد بن عبد الله ولد كريم، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1992م.

ـ ك ـ

82 ـ **الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل**، لعبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد (ت620هـ)، تحقيق زهير الشاويش، الطبعة الخامسة، المكتب الإسلامي، بيروت، 1408هـ.

83 ـ **الكافي في فقه أهل المدينة**، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي (ت463هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1407هـ.

84 ـ **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**، لمصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي (ت1067هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413هـ.

85 ـ **الكفاية في علم الرواية**، لأحمد بن علي الخطيب البغدادي، تقديم محمد حافظ التيجاني، مطبعة السعادة، 1972م.

ـ ل ـ

86 ـ **لسان الحكام في معرفة الأحكام**، لإبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي، الطبعة الثانية، البابي الحلبي، القاهرة، 1393هـ.

87 ـ **لسان العرب**، لابن منظور، دار صادر، بيروت، لبنان، 1965م.

ـ م ـ

88 ـ **المبسوط**، لمحمد بن الحسن بن فرقد الشيباني أبو عبد الله (ت189هـ)، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي.

89 ـ **المدونة الكبرى**، رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك بن أنس، دار صادر، بيروت.

90 ـ **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، لعبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني (ت652هـ)، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، 1404هـ.

91 ـ **المحصول في علم الأصول**، لمحمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت606هـ)، تحقيق طه جابر فياض العلواني، الطبعة الأولى، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1400هـ.

92 ـ **مختصر اختلاف العلماء**، لأحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الجصاص (ت321هـ)، تحقيق د. عبد الله نذير أحمد، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1417هـ.

93 ـ **مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة**، لخليل بن إسحاق بن موسى المالكي، تحقيق أحمد علي حركات، دار الفكر، بيروت.

94 ـ **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، لأحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني (ت241هـ)، مؤسسة قرطبة، مصر.

95 ـ **مشاهير علماء الأمصار**، لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي (ت354هـ)، تحقيق م. فلايشهمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1959م.

96 ـ **المصنف في الأحاديث والآثار**، لأبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت235هـ)، تحقيق كمال يوسف الحوت، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، 1409هـ.

97 ـ **المصنف**، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت211هـ)، تحقيق حبيب الرحمٰن الأعظمي، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ.

98 ـ **معجم البلدان**، لياقوت بن عبد الله الحموي أبو عبد الله (ت626هـ)، دار الفكر، بيروت.

99 ـ **معجم الصحابة**، لعبد الباقي بن قانع أبو الحسين (ت351هـ)، تحقيق صلاح بن سالم المصراني، الطبعة الأولى، مكتبة الغرباء الأثرية، المدينة المنورة، 1418هـ.

100 ـ **معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع**، لعبد الله بن عبد العزيز البكري الأندلسي (ت487هـ)، الطبعة الثالثة، عالم الكتب، بيروت، 1403هـ.

101 ـ **المعونة**، للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

102 ـ **المعيار المعرب**، لأحمد بن يحيى الونشريسي (ت914هـ)، تحقيق جماعة من الفقهاء، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1401هـ.

103 ـ **المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني**، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد (ت620هـ)، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.

104 ـ **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، لمحمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت.

105 ـ **المقدمات الممهدات**، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت520هـ)، تحقيق أ. سعيد أحمد أعراب، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1498هـ.

106 ـ **المنتقى**، شرح موطأ مالك، للإمام أبي الوليد الباجي (ت474هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1331هـ.

107 ـ **المنخول في تعليقات الأصول**، لمحمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد (ت505هـ)، تحقيق د. محمد حسن هيتو، الطبعة الثانية، دمشق، 1400هـ.

108 ـ **منهاج الطالبين وعمدة المفتين**، ليحيى بن شرف النووي أبو زكريا (ت676هـ)، دار المعرفة، بيروت.

109 ـ **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق (ت476هـ)، دار الفكر، بيروت.

110 ـ **الموافقات في أصول الفقه**، لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي (790هـ)، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت.

111 ـ **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، لمحمد بن عبد الرحمٰن المغربي أبو عبد الله (ت954هـ)، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1398هـ.

112 ـ **الموطأ**، لمالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي (ت179هـ)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مصطفى السقا، دار إحياء التراث العربي، مصر.

- ن -

113 ـ **النتف في الفتاوى**، لعلي بن الحسين بن محمد السغدي (ت461هـ)، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، بيروت، عمَّان، 1404هـ.

114 ـ **نصب الراية لأحاديث الهداية**، لعبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي (ت762هـ)، تحقيق محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، 1357هـ.

115 ـ **النوادر والزيادات**، لعبد الله بن أبي زيد القيرواني المالكي (ت398هـ)، تحقيق مجموعة من المحققين، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999م.

116 ـ **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار**، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت1255هـ)، دار الجيل، بيروت، 1973م.

- هـ -

117 ـ **الهداية الكافية الشافية** (شرح حدود ابن عرفة)، لأبي عبد الله محمد الرصاع (ت894هـ)، تحقيق محمد أبو الأجفان، الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م.

118 ـ **الهداية شرح بداية المبتدي**، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسين (ت593هـ)، المكتبة الإسلامية، بيروت.

119 ـ **هدية العارفين**، لإسماعيل باشا البغدادي، منشورات مكتبة المثنى، بغداد، 1955م.

- و -

120 ـ **الوسيط في المذهب**، لمحمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو محمد (ت505هـ)، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، الطبعة الأولى، دار السلام، القاهرة، 1417هـ.

فهرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

* النص المحقق *

كتاب الوكالة

الموضوع	الصفحة

كتاب الإقرار

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

كتاب الاستلحاق

كتاب الوديعة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

كتاب العارية

الموضوع	الصفحة

كتاب الغصب

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

كتاب الاستحقاق

الموضوع	الصفحة

كتاب الشفعة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

كتاب القسمة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

